

LE CONTENTIEUX du Repos Hebdomadaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 30 novembr 1935, à 13 h. 30

PAR

Maurice GODINEAU

JURY ... } *Président : A. MESTRE, Professeur.*
 } *Suffragants* { MM. J. BARTHÉLEMY, } *Professeurs*
 } SCELLE }

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

1935



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551623_0085

LE CONTENTIEUX
du
Repos Hebdomadaire

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

Maurice GODINEAU

JURY... { *Président* : A. MESTRE, *Professeur*.
Suffragants { MM. J. BARTHÉLEMY, *Professeurs*
 SCELLE. }

1935



INTRODUCTION

« De tous temps et dans toutes les sociétés, l'homme a voulu honorer ses dieux par des fêtes ; il a établi qu'il y aurait des jours pendant lesquels le sentiment religieux régnerait seul dans son âme, sans être distrait par les pensées et les labeurs terrestres. Dans le nombre de journées qu'il a à vivre il a fait la part des dieux »¹.

Ces paroles d'un grand historien tendent bien à montrer que l'institution du repos hebdomadaire, ou tout au moins la coutume de suspendre le travail, remonte à la plus haute antiquité. Elles montrent aussi que c'est la religion qui a appris aux hommes à se reposer à intervalles réguliers et qu'à l'origine ce sont toujours des motifs religieux qui ont créé la cessation périodique du travail.

Peut-être n'était-ce d'ailleurs qu'une nécessité physique, hygiénique, cachée sous une forme religieuse.

Mais, si loin que nous remontions, nous constatons que primitivement ce fut toujours la religion qui imposa aux hommes le repos et que, ce n'est que tout récemment que les sociologues firent intervenir la nécessité physiologique et économique du repos hebdomadaire.

Cette question est d'ailleurs universelle ; et nous

1. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, livre III, chapitre VIII.

allons essayer de le montrer en esquissant rapidement ses origines¹.

Si l'on recherche le sens du « Sabbat » chez les Juifs, on voit qu'il avait avant tout un caractère religieux. La loi civile, n'étant que l'application de la loi religieuse, le Sabbat, repos du samedi, était sanctionné. Moïse déclarait « Celui qui le profanera mourra, celui qui travaillera en ce jour sera exterminé du milieu de son peuple ». Il ajoutait « Souviens-toi, dit le Seigneur, du jour de repos », ordonnant par là aux Juifs de l'observer et faisant remarquer par cela même qu'il est antérieur à la loi mosaïque, et remonte à l'origine de l'humanité.

En Chine le livre sacré d'Y-King prescrit d'honorer le « Tien », la divinité suprême, de sept jours en sept jours. Il en est de même en Extrême-Orient, où il y a de nombreuses fêtes chômées.

En Grèce, Platon y trouvait à côté de la raison religieuse, un motif spécial « Les dieux, dit-il, touchés de compassion pour le genre humain, que la nature condamne au travail, lui ont ménagé des intervalles de repos par la succession régulière des fêtes instituées en leur honneur ».

Les Romains observaient aussi cette coutume avec leurs *dies festi*, opposés aux *dies profecti*, ou *intercisi vel endotercisi*. C'est Théodore qui, en 389 supprima par une ordonnance impériale, le calendrier public de la Rome païenne et consacra l'avènement des fêtes chrétiennes dans l'Etat.

Enfin, les peuples islamiques ont eux aussi un jour de prière revenant une fois par semaine : le vendredi.

En France, le repos du dimanche a été l'objet de nom-

1. Estève de Boch, *Du repos hebdomadaire*.

breuses prescriptions tant de la loi religieuse que de la loi civile. C'est ainsi, qu'en laissant de côté les conciles comme ceux d'Orléans en 538 ou de Narbonne en 589, on trouve dans les édits ou les capitulaires royaux des textes enjoignant de respecter le repos du dimanche.

Dagobert dans un édit de 630, décide que « celui qui sera trouvé coupable de quelque contravention sera réprimandé une ou deux fois si c'est une personne libre. S'il a l'audace de la récidive, qu'il souffre la servitude puisqu'il n'a pas voulu servir volontairement le Seigneur un seul jour par semaine ». Des capitulaires de Pépin en 755, Charlemagne en 789, Louis le Débonnaire en 827 ordonnent la célébration et le repos des dimanches et jours de fêtes.

A cette époque, et pendant les siècles qui suivirent, tout travail et tout trafic étaient sévèrement interdits. Mais dès le XII^e siècle, Philippe-Auguste permit de vendre le dimanche du blé, et, bientôt, d'autres denrées alimentaires. Cependant François I^{er} prohibe en 1520 les danses publiques le dimanche, et Charles IX en 1590, dans l'ordonnance dite d'Orléans interdit les marchés. Il y eut encore aux XVII^e et XVIII^e siècles de nombreux arrêts du Parlement dans le même sens. Louis XV, par une ordonnance du 8 juin 1764, interdit tout travail, tout trafic, les dimanches et jours de fêtes, et, défend « aux particuliers, bourgeois et habitants, d'employer leurs domestiques ni aucun artisan à des œuvres serviles ».

La Révolution tenta une réforme de l'antique division, en créant des mois de 30 jours, divisés en trois décades, le repos étant donné le décadi. Le Directoire fit de grands efforts pour chercher à imposer le repos du décadi,

atténué d'ailleurs par un repos l'après-midi du cinquième jour. « On allait, écrit M. Albert Vandal, jusqu'à obliger les gens à quitter leurs habits de fête le dimanche, et à s'endimancher le décadi ». Mais ni l'Eglise, ni l'ensemble du peuple, n'observèrent ce calendrier et on continua de chômer le dimanche.

L'antique institution de la semaine et du dimanche devait triompher par la loi du 18 germinal an X, promulguant le concordat : le repos du dimanche fût rétabli pour les fonctionnaires.

Le XIX^e siècle nous a donné plusieurs dispositions législatives sur le repos dominical.

La loi du 18 novembre 1814 édicte que « les travaux ordinaires seront interrompus par les dimanches et jours de fêtes reconnus par la loi de l'Etat ». Il était fait défense « aux marchands d'étaler et de vendre, les ais et volets des boutiques ouverts ; aux colporteurs et étalagistes de colporter et d'exposer en vente leurs marchandises dans les rues et places publiques, etc. » Certaines dérogations étaient prévues en faveur des « marchands de comestibles de toute nature, etc. » Toutes ces dispositions devaient tomber peu à peu en désuétude, mais n'être abrogées que le 18 juillet 1880.

Des lois pour la protection de l'enfance, des 22 mars 1841, 22 février 1851, 19 mai 1874, portent mention du repos devant être donné aux enfants employés dans les usines, aux apprentis, aux filles mineures employées dans l'industrie. Peu à peu une sorte de croisade en faveur du repos dominical se forma ; et, sur l'initiative de la Ligue populaire pour le repos du dimanche, la loi du 2 novembre 1892 édicta non le repos dominical, mais le repos hebdomadaire pour les « enfants âgés de

moins de 18 ans et les femmes de tout âge ». Cette loi ne protégeait que les êtres faibles : les femmes et les enfants. D'autres lois, comme nous le verrons, devaient au début du XX^e siècle étendre le repos hebdomadaire à toutes les catégories de travailleurs.

Cette unanimité que nous venons de constater, chez les peuples, de consacrer au repos un jour de la semaine, prouve que nous sommes ici en présence d'une loi profondément naturelle, et, par conséquent d'une nécessité sociale.

Cette nécessité peut être envisagée au triple point de vue de l'individu, de la famille et de la société.

Notre corps ne peut supporter un travail ininterrompu, sans qu'il s'en suive de graves troubles pour l'organisme. D'expériences faites au début du siècle par le Docteur Haegler à Bâle, il résulte que « le sommeil qui est le repos par excellence nous permet d'absorber plus d'oxygène qu'il ne nous en faut pour le moment même ; cet excédent trouve son emploi dans la journée, lorsque le travail exige une dépense considérable de chaleur et de force ; mais il est démontré aujourd'hui que le travailleur consomme de cette force plus qu'il n'en peut épargner pendant la nuit.

Au bout de quelques jours il en résulte un déficit, une diminution de forces et, cette fois rien ne peut y suppléer qu'une interruption des jours de travail. C'est ce déficit qu'il faut essayer de combler en accordant au travailleur un jour de repos par semaine. D'ailleurs tous nos organes, ceux de la vue, ceux de l'ouïe, nos nerfs qui commandent nos réflexes ont besoin de repos ; ou tout au moins ont besoin, pour conserver leurs facultés de perception, d'une interruption momentanée du travail habituel.

Et ce repos est nécessaire au travailleur non seulement pour lui-même, mais aussi pour lui permettre de se revivifier à l'air pur, par des promenades ; ou même d'acquiescer et de conserver, par une pratique raisonnée des sports un équilibre nerveux qui lui fera trouver plus facile son travail quotidien. Il faut d'ailleurs noter que ce repos est aussi indispensable aux intellectuels qu'aux ouvriers, un travail ininterrompu exerçant une influence aussi fâcheuse sur nos facultés mentales que sur notre corps.

Nous venons de voir que le repos hebdomadaire était pour l'individu une nécessité physique, c'est en même temps une nécessité morale.

Comme nous l'avons vu, toutes les religions ont en général réservé un jour par semaine pour honorer la divinité par les prières et les sacrifices.

L'homme ne peut vivre isolé, il entre dès sa naissance dans plusieurs groupements naturels, dont le premier est la famille. C'est dans celle-ci qu'il est élevé, on l'y soigne physiquement afin qu'il devienne un homme. Par les exemples et les conseils on fait de cette personnalité physique un homme au sens élevé du mot. Cette vie de famille est donc indispensable, mais elle ne peut avoir son véritable sens que si ses membres ont un jour de repos, et si celui-ci est pris collectivement à jour fixe. Ce jour-là les membres de la famille se trouveront réunis et pourront goûter ensemble les joies saines et réconfortantes du repos familial. M. Monis, dans son discours du 26 mai 1905 au Sénat, déclarait : « Il faut, Messieurs, se reposer ensemble, déposer à la même heure le fardeau que l'on a porté toute la semaine et partager de fraternels loisirs. Il faut, s'il fait soleil, parcourir la campagne

avec pour cortège, l'amitié et j'ose le dire, pour compagnon quelquefois un sentiment plus tendre. Il faut que le repos hebdomadaire soit éminemment altruiste et social »¹. Par conséquent sans le dimanche, pas de foyer, pas de vie de famille.

Enfin, si on se place au-dessus du groupement famille, on trouve le groupement société. Jules Simon disait en 1890 au Congrès de Berlin « Jamais l'esprit de famille n'a été plus menacé et jamais il n'a été plus nécessaire qu'aujourd'hui ... Que le dimanche, la famille jouisse de son chef et de son bon ange qui est la mère. Ce n'est pas seulement l'ouvrier qui profitera de cette institution bienfaisante c'est la *société humaine toute entière*. En effet de la bonne constitution de la famille dépend la bonne constitution de la société, celle-ci n'étant qu'une famille agrandie ».

L'on peut enfin remarquer que le repos hebdomadaire est favorable à la santé publique et élève la durée moyenne de la vie.

Il faut que le travailleur tant intellectuel que manuel puisse développer librement sa vie politique, religieuse ou sociale et il ne peut le faire qu'avec le repos légal qui lui donne une journée libre par semaine.

Les législateurs du début du XX^e siècle l'ont bien compris et ont consacré cette idée par deux lois. Celle du 13 juillet 1906, par laquelle on prétend rétablir le repos hebdomadaire pour tout le monde, celui-ci devant être pris en principe le dimanche pour permettre de se grouper en famille ce jour-là. Cette loi est comprise dans le livre II du Code du Travail, de l'art. 30 à l'art. 50.

Au début, la loi protégeait les ouvriers et les employés

1. *Bull. Insp. Trav.*, 1907, p. 140.

occupés dans les établissements industriels et commerciaux, sans d'ailleurs faire de distinction entre les établissements publics ou privés, laïcs ou religieux (art. 30). Cependant l'application de la loi fut étendue à des établissements qui n'avaient pas le caractère industriel ou commercial tels que hôpitaux, hospices, maisons de retraites, asiles.

Deux autres lois l'ont encore amplifiée; l'une du 19 avril 1924 a accordé un repos de 24 heures aux clercs accompagnant les notaires aux ventes du dimanche, l'autre, du 25 juillet 1925, a accordé le repos hebdomadaire au personnel appartenant à la rédaction des entreprises de journaux. Ces deux lois ont ceci de particulier qu'elles s'appliquent à des professions libérales qui, en règle générale ne sont pas soumises au repos hebdomadaire; mais elles l'ont pour but d'accorder le même bénéfice aux rédacteurs et aux ouvriers travaillant à l'impression.

De ce qui précède il résulte que sont exclus du bénéfice de la loi :

1° Les agriculteurs, par suite de la difficulté du contrôle et aussi à cause du caractère saisonnier de leurs travaux qui nécessitent souvent pendant certaines périodes : moissons, vendanges, le travail du dimanche ;

2. Les salariés des professions libérales, sauf les clercs des offices ministériels et les rédacteurs des journaux ;

3. Les domestiques travaillant chez des particuliers, cuisinières, bonnes, valets de chambre etc., mais il faut en excepter les garçons de restaurant ou d'hôtel parce qu'ils sont occupés dans des établissements de nature commerciale ;

4. Le personnel des administrations publiques (postes,

octrois) n'est pas soumis à cette loi, car il s'agit de services dont il faut assurer la continuité et la régularité. D'ailleurs ce personnel est en général astreint à un régime spécial s'apparentant d'assez près avec celui que nous étudions ;

5. Enfin les employés des entreprises de transport (chemins de fer, transports par route) ne sont pas réglementés par cette législation, cette catégorie de travailleurs ayant un régime spécial. Les chemins de fer, par exemple, donnent à leurs employés 52 jours de repos par an.

La loi de 1906 ne concerne que les employés, ce sont eux seuls qui ont droit au repos hebdomadaire. Le patron lui, peut travailler les sept jours de la semaine si bon lui semble. D'autre part, d'après cette loi, et la jurisprudence est concordante, le patron peut faire travailler les membres de sa famille dans son magasin sans leur accorder le repos hebdomadaire, parce qu'ils ne sont pas liés avec lui par un contrat de travail. De même, dans un établissement exploité par des associés, ceux-ci ne sont pas soumis au repos hebdomadaire, car ils sont liés avec la société exploitante, non par un contrat de travail, mais par un contrat de société. Les employés à domicile ne sont pas soumis à cette législation car il y a impossibilité de contrôle pour cette catégorie de travailleurs.

Principe de la loi. — Le principe essentiel de la loi est celui du repos hebdomadaire. La loi dans son art. 1^{er} (art. 30 C.T.) dit : « Il est interdit d'occuper plus de six jours par semaine un même employé ou ouvrier ». Elle décide également que ce repos devra avoir lieu le dimanche art. 2 (art. 33 C.T.). « Le repos hebdomadaire doit être donné le dimanche ». En effet, la justification,

comme nous l'avons vu précédemment en est facile, car c'est afin que le travailleur puisse jouir de la vie de famille que cette prescription a été établie. C'est également le jour qui donne satisfaction aux prescriptions religieuses de la majorité de la population française.

Mais à tout principe, il y a des exceptions. La loi ne s'en fait pas faute. De nombreuses industries sont obligées d'avoir un travail continu et régulier si elles ne veulent pas subir de graves perturbations. L'on peut citer par exemple les industries à feu continu. Dans un autre ordre d'idées il faut que les travailleurs puissent librement s'approvisionner et se distraire le dimanche, et de ce fait, certains établissements doivent rester ouverts. C'est le cas des maisons d'alimentation, restaurants et aussi établissements de plaisir.

Il y a deux sortes d'exception.

Les exceptions permanentes et de plein droit citées à l'art. 38 du Code du Travail (livre II).

Dans les cas énumérés par cet article, le repos par roulement est accordé de plein droit par la loi. Ce sont : les fabrications de produits alimentaires destinées à la consommation immédiate, les hôtels, restaurants et débits de boissons, les débits de tabacs, les magasins de fleurs naturelles, les hôpitaux, hospices, asiles, maisons de retraite, d'aliénés, dispensaires, maisons de santé, pharmacies, drogueries, établissements de bains, les entreprises de journaux, d'informations et de spectacles, les entreprises et locations de livres, les entreprises d'éclairage, de distribution d'eau et de force motrice, les entreprises de transport par terre autres que les chemins de fer, les industries où sont mises en œuvre des matières susceptibles d'altération rapide, les industries dans lesquelles toute inter-

ruption de travail entraînerait la perte ou la dépréciation du produit en cours de fabrication.

C'est-à-dire tous les établissements ne pouvant fermer le dimanche par suite de raison d'intérêt social ou d'intérêt industriel. Ces entreprises sont autorisées à donner le repos hebdomadaire par roulement à leur personnel.

Les exceptions de la seconde série sont temporaires, mais sont accordées de plein droit à ceux qui les demandent. Il y a lieu d'envisager trois hypothèses. Celle de travaux urgents : dans ce cas on peut demander une dérogation à la règle du repos hebdomadaire. Celle de chômage après lesquelles, pour récupérer, le travailleur peut s'occuper un nombre de dimanches, équivalent au nombre de jours de chômage.

Enfin celle d'entreprises saisonnières pour lesquelles on travaille même le dimanche, en remarquant toutefois qu'il ne devra pas y avoir plus de quinze dimanches de travail par an.

Un autre cas a été prévu : on a accordé au préfet à Paris et aux maires en province le pouvoir de supprimer le repos hebdomadaire lorsque le dimanche coïnciderait avec une fête locale. En effet ces jours-là le commerce est toujours plus actif et on ne veut pas faire perdre ce bénéfice aux commerçants. Cependant à Paris certains abus se sont fait jour et dernièrement le Conseil d'Etat a annulé deux arrêtés du préfet de Police qui avaient supprimé le repos hebdomadaire les dimanches avoisinants Noël et le Premier de l'An. Le Conseil d'Etat a déclaré qu'il ne fallait pas seulement prétexter une fête locale, mais qu'il fallait une fête locale effective pour avoir le droit de supprimer le repos du dimanche en vertu de cette disposition.

A côté de ces exceptions il y a des dérogations qui devront être demandées et qui ne seront pas accordées de plein droit.

Elles doivent être données par mesures individuelles et par arrêté préfectoral.

Deux idées sont à l'origine de ces dérogations. Elles peuvent être accordées toutes les fois que le repos de tout le personnel le dimanche serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement. Par conséquent on vise soit l'intérêt du public, soit l'intérêt du fonctionnement de l'entreprise.

Une procédure spéciale a été établie pour la demande de ces dérogations.

Le préfet avant de prendre son arrêté qui devra être individuel, doit consulter les Conseils municipaux, les Chambres de Commerce, les Syndicats patronaux et ouvriers intéressés. L'arrêté qu'il rendra est susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat. Il doit être intenté dans la quinzaine, et il est suspensif, nous verrons ce qu'il faut entendre par ce dernier terme.

D'autre part, afin d'éviter l'arbitraire, la loi dans son art. 8 a déclaré que, lorsqu'une dérogation aura été accordée à un établissement, elle devra être étendue par le préfet à tous les établissements de la même ville faisant le même genre d'affaires et s'adressant à la même clientèle.

A ce sujet de nombreuses difficultés se sont fait jour. En effet de grands magasins, prétextant qu'une dérogation individuelle avait été donnée à un établissement commercial vendant des marchandises qu'ils avaient dans leurs rayons, demandaient l'application de l'art. 8

(*Samaritaine*). Aussi la loi du 16 février 1922 a-t-elle modifié l'art. 36 (ancien 8) de la façon suivante : il faut toujours, qu'il s'agisse d'établissements de la même ville, faisant le même genre d'affaires, s'adressant à la même clientèle, mais ajoute-t-elle « compris dans la même classe de patente, étant entendu qu'une fraction d'établissement ne peut en aucun cas être assimilée à un établissement ».

Comme nous l'avons vu ces dérogations sont individuelles et doivent être demandées, elles ne sont pas données de plein droit. Par elles on déroge non à la règle du repos hebdomadaire mais à celle du repos dominical.

Quatre combinaisons sont prévues :

1. Repos un autre jour que le dimanche à tout le personnel de l'établissement ;
2. Du dimanche midi au lundi midi ;
3. Le dimanche après-midi avec un repos compensateur d'une journée par roulement et par quinzaine ;
4. Par roulement à tout ou partie du personnel.

Il faut remarquer que la loi interdit de faire travailler un ouvrier plus de six jours (6) par semaine, mais qu'elle n'interdit pas à celui-ci de travailler le septième jour, pour lui, ou pour un autre patron. Une question s'est alors posée en jurisprudence, celle de savoir si un patron pouvait employer légalement, le dimanche, un ouvrier qu'il savait avoir travaillé les six autres jours pour un autre patron. La Cour de cassation a décidé qu'il y avait impossibilité de travailler tous les dimanches pour un autre patron. Il y a donc possibilité pour l'ouvrier de travailler le septième jour chez un patron à condition qu'il ne travaille pas tous les dimanches pour le même patron. Les inspecteurs du travail ont été chargés

d'assurer le contrôle de la loi, ce qui est particulièrement difficile par suite du grand nombre de dérogations qui sont accordées. Ils peuvent infliger des contraventions à ceux qui contreviennent aux obligations qui leur incombent. Mais ce contrôle est assez difficile, particulièrement dans le commerce ; en 1910 on avait calculé qu'un tiers de la population ouvrière ne se reposait pas le dimanche.

C'est à la suite de cette constatation, que l'on a demandé pour les établissements où cela serait possible le retour au régime de la loi de 1814, c'est-à-dire la fermeture obligatoire. De cette façon le contrôle se ferait d'une façon plus rigoureuse.

Une autre raison très importante également, était que de cette façon on obtiendrait beaucoup plus facilement l'application de la loi par les petits commerçants qui autrement refuseraient de s'y soumettre, parce que diraient-ils avec juste raison, alors que nous fermerons, les magasins tenus par les patrons, seuls ou aidés de leur famille, resteront ouverts, et nous feront concurrence. Dans le cas où on pourra imposer la fermeture pour toute une catégorie d'établissements la possibilité de la concurrence disparaîtra et tout le monde sera content de se reposer. Mais cette possibilité de fermeture ne devra être établie, disait-on, que dans la mesure où il y aura accord, entre les organisations professionnelles existant dans la profession. C'est donc un retour vers un système d'entente entre les membres d'une même corporation.

On trouve déjà un système d'entente dans le régime corporatif rigoureux et complexe du Bas-Empire, qui disparaît pendant les invasions, puis dans les corporations du Moyen Age qui furent supprimées par la loi des

2-17 mars 1791 pour faire place à l'indépendance individuelle la plus absolue.

Puis à une date plus rapprochée de nous, les décrets du 10 août 1889 prévoient des ententes concrètes entre employeurs et employés. Enfin la loi du 23 avril 1919 (art. 7 du livre II du C.T.) prescrit de se référer, pour fixer la durée de la journée du travail « aux accords intervenus entre les organisations patronales et ouvrières ».

On voulait donc utiliser les ententes entre collectivités patronales et ouvrières pour l'organisation du repos hebdomadaire. C'était, disait-on, l'un des meilleurs moyens d'éviter les recours, si nombreux dans la pratique et d'une solution si délicate, de concurrents, sollicitant les uns le retrait à leurs bénéficiaires, d'autres l'extension à leur profit personnel, de dérogations accordées à certains établissements.

Cet état de choses fut transformé en un état de droit par la loi du 29 décembre 1923 codifiée dans l'art. 43 A. du livre II du Code du Travail.

« *Art. 43 A.* — Lorsqu'un accord sera intervenu entre les Syndicats patronaux et ouvriers d'une profession et d'une région déterminée sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire sera donné au personnel suivant un des procédés visés par les articles précédents, le préfet du département pourra par arrêté sur la demande des syndicats intéressés ordonner la fermeture au public des établissements de la profession et de la région pendant toute la durée de ce repos ».

Il faudra un arrêté pris par le préfet, mais sur la demande des syndicats intéressés, après leur accord. Il faut envisager le champ d'application de la loi de 1923 par rapport à celui de la loi de 1906. Il est plus

restreint que celui des autres articles du Code du Travail parce qu'il ne vise que l'ouverture des établissements au public, mais il est plus large parce que (comme nous le verrons plus loin) il s'étend aux établissements n'occupant pas de personnel.

L'application de cette loi a été fréquente depuis 1923. Dans beaucoup de professions l'accord s'est fait entre les Syndicats patronaux et ouvriers, pour ordonner la fermeture obligatoire des établissements le dimanche ou un autre jour de la semaine comme le prévoit l'art. 43 A.

Nous venons d'exposer le mécanisme des deux lois de 1906 et de 1923 sur le repos hebdomadaire. Mais ce que nous voudrions essayer de faire dans cette étude, c'est de rechercher les difficultés d'interprétation auxquelles elles ont pu donner lieu.

Dans la loi de 1906 on se rend compte immédiatement que le système des dérogations avec leurs arrêtés préfectoraux, pris individuellement à raison de circonstances de fait, et avec le recours au Conseil d'Etat, est un terrain motivant des controverses.

En effet si l'on veut étudier le contentieux des dérogations il faut trouver, tout d'abord, quelle est la nature de ce droit à dérogation, si c'est un droit ou une faveur et voir les conséquences qui en découlent. Puis, ceci étant établi, il faut envisager quelles sont les personnes civiles ou morales qui ont qualité pour agir et en particulier étudier la question de la recevabilité des syndicats.

La loi prévoit un recours au Conseil d'Etat, nous avons vu qui a qualité pour agir, mais il est en outre nécessaire de déterminer la nature de ce recours ; savoir si c'est un recours de pleine juridiction, ou un recours pour excès de pouvoir et de là, on est amené à envisager les pouvoirs

du Conseil d'Etat qui découleront tout naturellement de sa nature. On étudiera particulièrement à la lumière de la jurisprudence : les vices de forme et surtout la légalité des arrêtés au fond, en envisageant successivement le caractère individuel de la dérogation ; l'appréciation de la légalité par rapport aux conditions de fait auxquelles est subordonné le droit à dérogation ; enfin le pouvoir du Conseil d'Etat, c'est-à-dire son droit d'annuler ou de réformer, ou ce que M. Hauriou a appelé la question du « renvoi à l'administration pour faire ce que de droit ».

Lorsque cette étude contentieuse des dérogations sera terminée, il faudra envisager les difficultés que peut susciter l'arrêté préfectoral sur entente. Il peut s'en présenter, soit sur l'accord intersyndical prévu par l'art. 43 A., soit sur l'arrêté préfectoral. L'accord intersyndical suscite trois sortes de questions. Il faut envisager entre qui il peut avoir lieu, c'est-à-dire étudier les critères de la profession et de la région. Puis ayant déterminé les intéressés, savoir comment ils expriment leurs opinions. Dans le cas où il existe plusieurs syndicats doivent-ils être tous consultés, doit-on s'arrêter à l'avis de la majorité des syndicats ou à celui de la plus grande partie des intéressés. L'accord ayant été établi, et la demande faite, le préfet prendra son arrêté à propos duquel nous étudierons et le rôle de celui qui l'a érigé et le contenu dudit arrêté. Nous verrons si le préfet a la possibilité dans certains cas d'organiser un service de garde afin de sauvegarder certains intérêts tels que la santé publique, par exemple. Toutes questions que nous approfondirons dans cette étude en nous appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Première Partie

Les dérogations

CHAPITRE PREMIER

NATURE DU DROIT A DEROGATION

Section I

Est-ce un droit ou une faveur ?

Nous allons tout d'abord étudier une question qu'il est nécessaire de résoudre avant tout, et M. Romieu l'a développée en premier lieu, dans ses conclusions. C'est celle de la légalité des arrêtés préfectoraux portant refus d'autorisation. Cela revient à rechercher si le requérant a droit à la dérogation qu'il demande, ou s'il sollicite une faveur du préfet.

Il faut se rappeler que la loi du 13 juillet 1906 prévoit des exceptions et des dérogations à la règle du repos hebdomadaire. Les exceptions ont un caractère législatif et général pour toute la France ; elles visent exclusivement les industries énumérées sous onze numéros et sont applicables de plein droit sans qu'il y ait lieu à la délivrance d'une autorisation. Au contraire, les dérogations prévues par l'art. 2 ont un caractère local et individuel, ne sont pas limitées à des industries désignées et pour elles il faut obtenir une autorisation du préfet sauf recours au Conseil d'Etat. Mais quelle est la nature

de ce droit à dérogation de l'art. 2. Le préfet peut-il apprécier discrétionnairement les circonstances de fait auxquelles la loi subordonne la délivrance de l'autorisation ; n'est-il pas, quant à cette appréciation, des faits soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat et lorsque les conditions de fait sont accomplies doit-il accorder la dérogation ?

S'il ne s'agissait que d'une simple tolérance, le Conseil d'Etat se bornerait à examiner si la procédure a été suivie et les formalités requises par la loi respectées par le préfet ; dans le cas contraire, il devra examiner si ces circonstances existent réellement et si la preuve en est faite d'une manière suffisante.

Si l'on se réfère au texte de la loi aucun doute ne peut subsister et il est évident que l'on se trouve en face d'un droit et non d'une faveur. En effet la loi fixe les conditions dans lesquelles il y aura lieu à dérogation et si elles sont remplies l'administration ne peut plus refuser la dérogation. L'art. 2 nous dit en effet : « *Lorsqu'il sera établi* que le repos simultané le dimanche serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement ». Ce mot *établi* prouve bien qu'il s'agit de justifier l'existence d'un droit, et non de rendre possible une faveur. D'ailleurs l'art. 8, qui décide qu'une dérogation accordée à un établissement d'une ville ne pourra être refusée à d'autres établissements de la même ville s'il s'adresse à la même clientèle faisant le même genre d'affaires, c'est-à-dire une généralisation ou une extension de la dérogation individuelle, est encore à l'appui de notre thèse. En effet, s'il est possible d'accorder une faveur à un établissement et de la refuser à un autre, un droit au contraire,

doit être le même pour tous, à la condition bien entendue que chacun individuellement fasse la preuve de ce droit.

M. Romieu d'ailleurs cite, pour confirmer ses arguments, les travaux préparatoires.

Le projet primitif n'avait pas à prévoir de recours contentieux, car il n'y était pas question de dérogations individuelles.

Sur un contre-projet de M. Monis la commission du Sénat introduisit comme correctif au principe du repos du dimanche, une innovation : les dérogations, qui en étaient la contre-partie nécessaire, mais qui devaient être accordées par les Chambres de Commerce, dont les décisions seraient rendues exécutoires par des arrêtés préfectoraux et seraient susceptibles d'être portées devant le Conseil d'Etat. Ce recours était une garantie contre l'arbitraire. M. Monis s'éleva contre le choix qu'on avait fait des Chambres de Commerce, suspectes aux ouvriers, parce que composées uniquement de patrons. Un projet transactionnel fut apporté par la commission, remplaçant dans l'art. 8 les Chambres de Commerce par le Préfet, mais maintenant la procédure du recours au Conseil d'Etat, puisque les dérogations subsistaient. Malgré de vives résistances ce système finit par l'emporter.

On peut donc dire que l'avis de M. Monis a prévalu et comme le dit M. Romieu : « Ce recours doit donc être envisagé avec le caractère que la commission lui attribuait, c'est-à-dire d'une garantie judiciaire au fond contre l'arbitraire des autorités administratives, Chambres de Commerce ou préfets, appelés à manier cette arme délicate de la dérogation qui devenait, dans son esprit, un des pivots de la loi nouvelle, et devait dès lors

être placée sous le contrôle d'une véritable juridiction au point de vue de l'application des règles posées dans la loi ».

Il y avait donc un droit, puisqu'on cherchait à le garantir, et l'existence de droit entraîne pour le Conseil d'Etat qui en est juge, le pouvoir « de vérifier au fond si les circonstances de fait sont telles que le droit à dérogation existe ». Conformément à ses conclusions de M. Romieu, le Conseil d'Etat a statué en ces termes : « Considérant qu'il y a lieu de renvoyer le sieur Rage-Roblot devant le préfet de l'Aube pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit. Décide le sieur Rage-Roblot est renvoyé devant le préfet du département de l'Aube pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit ».

L'on pourrait d'ailleurs trouver une autre justification de ce droit à la dérogation de l'industriel ou du commerçant, dans l'idée de la liberté individuelle. En effet puisque notre industrie et notre commerce ne sont pas placés théoriquement sous une chartre corporative, il y a liberté individuelle pour eux. Cette liberté est peut-être menacée mais existe cependant actuellement. Dans notre régime de la loi du 13 juillet 1906, le législateur a établi des prescriptions. Cellès-ci sont en soi exceptionnelles, et les dérogations à ces prescriptions, que le législateur de la loi sur le repos hebdomadaire introduisit, sont un retour au droit commun de la liberté. Par conséquent lorsque l'industriel ou le commerçant demande au préfet une autorisation de déroger aux prescriptions de la loi, c'est un retour à son droit naturel, à sa liberté qu'il cherche à obtenir. On peut d'ailleurs comparer cette demande de dérogation à celle faite en

vue de l'obtention d'un permis de chasse. Dans les deux cas il y a demande de l'intéressé de revenir au régime normal de la liberté par une suspension des prescriptions régissant la matière.

Section II

Conséquences

Différentes conséquences dérivent de l'idée que la dérogation est un droit pour l'industriel.

a. Tout d'abord les arrêtés des préfets contenant refus de dérogations qui auraient dû être accordées, sont entachés de violation de la loi ou mieux de la règle de droit. En effet si les conditions étant remplies, le préfet refuse au requérant le droit à dérogation, le droit du commerçant ou de l'industriel sera violé et par contre-coup la loi qui lui confère ce droit le sera aussi.

En effet dit M. Alibert « Lorsqu'une autorité administrative, tant en appliquant le texte convenable et en agissant dans les limites de ses attributions, ne fait pas une saine interprétation de ce texte, elle commet une fausse application de la loi, une erreur de droit et par suite un excès de pouvoir »¹.

C'est d'ailleurs ce qu'a établi à notre sujet l'arrêt *Rage-Roblot* du 30 novembre 1906 (*Leb.*, p. 862).

« Considérant ... qu'ainsi en refusant au sieur Rage-Roblot l'autorisation de donner le repos hebdomadaire par roulement à trois ouvriers, dans chacune de ses usines, le préfet a fait une fausse application des dispositions du n° 2 de l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1906 ».

1. *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.*

b. D'autre part la dérogation accordée ne peut être soumise à aucune clause de précarité ou de révocabilité. C'est ce que décide très nettement l'arrêt *Cahen* du 24 janvier 1908 (*Leb.*, p. 88). En effet le législateur n'a pas entendu soumettre les commerçants au régime de l'arbitraire ; les autorisations de dérogations ne constituent pas des permissions analogues aux permissions de voirie. On peut admettre, comme nous le verrons plus loin, qu'au cas où les habitudes du public viendraient à se modifier, au cas où le commerçant modifierait lui-même les conditions de son commerce, la dérogation ne survive pas à ces modifications, mais encore faudra-t-il pour la retirer les mêmes formalités que celles qui ont été suivies pour l'accorder. Par conséquent le préfet ne peut donner une autorisation à titre précaire et révocable et c'est ce qui résulte de l'arrêt cité : « Considérant ... qu'il n'appartient pas au préfet de police, chargé d'assurer l'exécution de cette décision d'en restreindre l'effet en insérant dans son arrêté une disposition déclarant précaire et révocable l'autorisation délivrée au sieur Cahen ».

c. Enfin comme nous venons de l'indiquer cette dérogation accordée par le préfet ne peut être retirée que si les circonstances de fait se sont modifiées et encore faut-il que le préfet observe des formes identiques à celles employées pour l'accorder.

En effet certaines activités des citoyens ont besoin d'être contrôlées par l'administration ; une fois la licence d'agir accordée, l'administré a un droit acquis à son maintien. Mais ce principe d'un droit acquis n'équivaut dit M. Alibert : « ni à l'immutabilité de l'acte d'autorisation, ni par suite à la perpétuité du droit acquis ». Il y a là un équilibre des droits et des intérêts en présence.

Il suffira que « l'intérêt d'ordre collectif qui avait motivé la procédure d'autorisation se manifeste au point de prévaloir sur l'intérêt individuel, l'administration récupère alors le pouvoir de retirer la permission qu'elle avait accordée »¹.

Le préfet commettrait un excès de pouvoir en retirant l'autorisation en l'absence de tout fait nouveau. Il en est de même, à plus forte raison, lorsque l'arrêté d'autorisation pris par le préfet n'intervient qu'en exécution d'une décision du Conseil d'Etat reconnaissant le droit, pour le commerçant en cause, à la dérogation sollicitée par lui.

Par un arrêt du Conseil d'Etat du 13 mars 1908 *Sieur Nouzille* (*Leb.*, p. 273), survenant après les arrêts *Montaut* 12 juillet 1907 (*Leb.*, p. 681) et *Marcad* du 13 mars 1908, il a été jugé que tels faits, telles circonstances locales etc... justifient la dérogation ; il y a chose jugée sur ce point entre l'administration et le commerçant. Le préfet en retirant l'autorisation, au cas où aucun fait nouveau ne s'est produit, méconnaît l'autorité de la chose jugée. La situation est la même que si au lendemain d'une décision du Conseil d'Etat reconnaissant le droit d'un commerçant à une dérogation, le préfet devant lequel le commerçant a été renvoyé, pour la délivrance de l'autorisation, refusait de l'accorder. Mais, dans le cas où des faits nouveaux se seraient produits, il appartient au préfet de rapporter les dérogations antérieurement données. Cependant, il ne peut prendre régulièrement une mesure de ce genre, soit spontanément, soit sur des réclamations à lui adressées, qu'après avoir appelé l'intéressé à présenter ses observations et procédé à une instruction préalable, de la façon dont elle est prescrite

1. Alibert, *op. cit.*

pour les demandes en dérogations. Et si comme dans le cas de l'arrêt *Marcard*, déjà cité, les formalités protectrices du droit des commerçants n'ont pas eu lieu, l'arrêté prononçant le retrait de l'autorisation doit être annulé.

De nombreux arrêts confirment cette jurisprudence :
12 juillet 1907, *Sieurs Montaut* (*Leb.*, p. 683).

16 juin 1911, *Société Maubé frères* (*Leb.*, p. 690).

4 août 1913, *Société Maubé frères* (*Leb.*, p. 987).

10 août 1918, *Sieur Lebur et Dony* (*Leb.*, p. 861).

21 février 1919, *Dame veuve Chavenon*, (*Leb.*, 197) etc.

CHAPITRE II

QUALITE POUR AGIR RECEVABILITE DES SYNDICATS

L'art. 9 de la loi du 13 juillet 1906, déclare que « l'arrêté préfectoral pourra être déféré au Conseil d'Etat dans la quinzaine de sa notification *aux intéressés* ». Mais, quels sont ces intéressés ? Aucun doute ne subsiste sur le fait que ceux qui ont qualité pour demander la dérogation, ont qualité pour déférer au Conseil d'Etat la décision préfectorale ; et ils ont celle-ci, par le fait qu'ils sont commerçants ou industriels et se plaignent de la violation de la liberté du commerce et de l'industrie, ou parce qu'ils attaquent des mesures administratives contraires aux lois spéciales qui limitent leur activité ou celle de leur personnel.

Aucune difficulté n'existait sur ce point, et dans les premiers arrêts rendus sur notre sujet les commerçants lésés avaient, en effet, seuls portés les décisions du préfet devant le Conseil d'Etat. Mais on avait compté sans une force grandissante à cette époque, celle des syndicats, lesquels allaient aussi vouloir déférer au Conseil d'Etat les décisions des préfets portant atteinte à leurs intérêts.

Cette question des syndicats devait se poser le 28 dé-

cembre 1906 devant le Conseil d'Etat et c'est M. Romieu, commissaire du gouvernement qui examina cette question. Elle se posait de la façon suivante : le Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges avait fourni pour l'ensemble de ses membres une demande de dérogation, le préfet l'avait rejetée par un arrêté du 17 septembre 1906 ; recours avait été interjeté par la Chambre syndicale devant le Conseil d'Etat.

Avant d'étudier l'affaire au fond, il faut voir quels sont les principes que l'on peut tirer de la loi du 21 mars 1884 au sujet de la possibilité pour les syndicats d'ester en justice laquelle leur est implicitement reconnue puisqu'ils ont la personnalité civile qui leur permet de défendre leurs intérêts « économiques, commerciaux, industriels, agricoles ». Cette action peut se présenter sous deux formes comme l'a montré M. Romieu dans ses conclusions sous l'arrêt cité : l'action en justice peut être syndicale ou individuelle.

Certains actes administratifs peuvent avoir pour effet de léser les intérêts que le syndicat a la charge de défendre, il a alors qualité pour essayer de les faire tomber par la voie du recours pour excès de pouvoir. Cependant il ne faudrait pas croire, que cette action ne présente aucun intérêt pour les membres du syndicat : mais cet intérêt n'est ni direct, ni individuel ; c'est la défense des principes essentiels, des intérêts généraux de la profession. On trouve un exemple de cette action syndicale dans les poursuites intentées par les médecins contre des personnes exerçant illégalement leur profession. Et en effet, on comprend que dans ce cas particulier c'est l'intérêt de la profession qui est en jeu, et non seulement dans la ville où l'action est intentée, mais aussi dans la

région et dans le pays tout entier. L'action individuelle, au contraire, est celle que le syndicat exerce au nom d'un de ses adhérents nominativement désigné, en se substituant à lui, pour réclamer contre une décision qui ne concerne que lui, partant de ce principe, que violer les droits d'un membre du syndicat c'est violer ceux du syndicat tout entier.

M. Romieu a donné sur ce point des explications très claires « Cette action conserve ce caractère même si un groupe d'individus poursuivent un but identique, du moment où le titre doit être délivré, la condamnation prononcée au profit de chacun individuellement, après examen et en raison de sa situation personnelle ; la circonstance que l'action serait introduite, même au nom de tous les membres du groupement individuel des intéressés, ne changerait par le caractère de l'action dès lors que le résultat immédiat et direct de cette action devra être l'attribution à chaque individu du titre ou de la somme d'argent à laquelle il a personnellement droit »¹.

Par conséquent, le syndicat n'a pas qualité pour intenter l'action dans l'intérêt de ses membres envisagés *ut singuli* ; c'est l'application de la règle « nul ne plaide par procureur » pouvant s'énoncer « nul ne peut intenter d'action pour une autre personne qu'au nom de cette personne et comme son mandataire ». Il faudra que le syndicat indique d'une manière précise la personne au nom de laquelle il se pourvoit, l'objet de sa demande et justifie de son mandat.

Mais arrivé à ce point, et s'agissant d'un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation d'un acte administratif, on peut envisager une distinction suivant que

1. Conclusions de M. Romieu, *Recueil Leb.*, p. 906, p. 862.

le recours est dirigé contre un acte positif ou négatif. S'il s'agit d'un acte positif individuel ou collectif qui lèse le syndicat dans ses intérêts généraux, celui-ci peut toujours exercer l'action, et c'est une de ses raisons d'être depuis la loi de 1884. On trouve d'ailleurs dans ce sens de nombreux arrêts du Conseil d'Etat et notamment celui du 25 mars 1887 (D., 88-3-57), du *Syndicat des propriétaires de bains-douches de Paris*, ou celui du 6 février 1903 *Genevoise-Lefebvre* (Leb., p. 92).

Il peut s'agir, au contraire, d'un acte négatif, auquel cas l'administration refusera de faire un acte de sa fonction. Cela peut se produire de deux façons :

1. Il y a un acte collectif et c'est exceptionnel ; alors le recours du syndicat au nom des intérêts collectifs lésés par le repos est recevable, telle par exemple l'affaire du *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Seguey-Tivoli* à Bordeaux, 21 décembre 1906 (Leb., p. 969).

2. Ou il s'agit d'un refus d'autorisation individuelle. Cette autorisation a un caractère nettement individuel et si la mesure peut profiter indirectement à tous elle ne leur profitera qu'individuellement.

Si l'on revient à la loi du repos hebdomadaire, on voit que les demandes de dérogations ont un caractère nettement individuel. Le patron qui demande une dérogation poursuit la délivrance d'un titre nominatif, que lui remettra le préfet et qui lui permettra de faire travailler ses ouvriers le dimanche, sans avoir à subir de convention. L'autorisation sera toujours personnelle, même dans le cas où le préfet se trouverait devant d'autres commerçants exerçant la même profession, faisant le même genre d'affaires et s'adressant à la même

clientèle, puisque le préfet devra examiner la situation particulière de chacun et rechercher s'il satisfait aux obligations requises. Le syndicat peut donc se porter mandataire d'un de ses membres, mais ne peut pas prétendre adresser au préfet une demande collective de dérogation à la loi.

Dans l'affaire du *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* c'est ce qui c'est pourtant passé puisque il y avait une « demande formulée en bloc sans même prendre la peine de prendre le nom des intéressés ».

Le préfet rejeta cette demande et le recours formé devant le Conseil d'Etat eût le même sort. Ce n'est pas d'ailleurs parce que les intérêts en cause n'étaient pas de ceux qu'il appartenait aux syndicats de défendre, mais parce qu'il y avait lieu à demander autorisation individuelle, et que, la seule personne ayant qualité pour le faire, était le bénéficiaire éventuel ou son mandataire.

Il s'agissait dans cette affaire d'un recours formé par un syndicat patronal ; en serait-il de même s'il y avait recours d'un syndicat d'ouvriers. M. Romieu ne le croit pas et la jurisprudence du Conseil d'Etat lui donne raison. En effet, il s'agit de recours de syndicats ouvriers tendant à obtenir l'annulation d'arrêtés préfectoraux autorisant des commerçants à déroger à la règle du repos hebdomadaire, la situation est ici différente, car les ouvriers n'ont aucune demande individuelle à former, aucun titre à obtenir. Leur syndicat cherche à faire annuler un acte positif du préfet, qui en raison de la généralisation dont il peut être l'objet est de nature à léser les intérêts collectifs de la profession. Il plaide au nom de l'ensemble des ouvriers, l'annulation d'un titre individuel, qui fait tort aux droits de la corporation.

De nombreux arrêts du Conseil d'Etat consacrent cette théorie :

Chambre syndicale des patrons coiffeurs et ouvriers de Versailles du 8 mars 1907 (*Leb.*, p. 245) ; *Syndicat des employés de commerce et de l'industrie de la région du Nord*, 10 juillet 1908 (*Leb.*, p. 767) ; *Association syndicale des ouvriers coiffeurs de Rouen*, 27 novembre 1908, (*Leb.*, p. 985) ; etc...

Les considérants de l'arrêt du 28 novembre 1906 sont intéressants à noter :

« Considérant que s'il appartient aux syndicats professionnels de prendre en leur propre nom la défense des intérêts dont ils sont chargés aux termes de l'art. 3 de la loi du 21 mars 1884, ils ne peuvent intervenir au nom d'intérêts particuliers sans y être autorisés par un mandat spécial ; que, par suite, le syndicat requérant ne pouvait adresser de demande au préfet que comme mandataire de chacun de ses membres pour lesquels la dérogation était sollicitée ; Considérant que la demande collective présentée au préfet par le syndicat, et qui d'ailleurs ne contenait ni l'indication du nom des patrons coiffeurs pour lesquels elle était formée, ni celle du siège de leur établissement n'était accompagnée d'aucun mandat ; que dans ces conditions cette demande n'était pas régulière, et que dès lors, la requête contre l'arrêté qui a refusé d'y faire droit doit être rejetée ».

Mais presque aussitôt, par un arrêt du 1^{er} février 1907, *Syndicat des patrons coiffeurs de Marseille* (*Leb.*, p. 121) et un autre du 8 mai 1908, *Syndicat des employés de commerce de Nîmes*, le Conseil d'Etat a élargi la notion d'action corporative. Il est ainsi arrivé à admettre dans ces arrêts, qu'un syndicat est recevable à former un recours pour excès de pouvoirs, en son nom personnel, si

la décision attaquée bien que ne visant en termes exprès qu'un individu, était motivée par des raisons d'ordre général s'appliquant à un groupe d'individus réunis en association.

Cette nouvelle orientation de la jurisprudence avait été suivie, en matière d'association de fonctionnaires, par un arrêt du même genre du 17 janvier 1913, *Fedel et Fédération des professeurs de Lycée*, (*Leb.*, p. 82). Mais ces arrêts paraissent être restés isolés, le Conseil d'Etat, en effet, est revenu à sa jurisprudence primitive dès 1919 où sur un arrêt rendu sur un recours d'une Chambre syndicale de coiffeurs (11 juillet 1919, *Leb.*, p. 626) il a distingué, comme à l'origine, entre l'action collective et l'action individuelle.

L'on pouvait, il est vrai, faire remarquer que dans l'affaire de 1919 il s'agissait d'un intérêt pécuniaire tandis que dans l'affaire de 1913 il y avait en plus de l'intérêt pécuniaire, un intérêt moral. Mais le Conseil d'Etat est revenu même sur cette dernière interprétation puisque dans l'arrêt du 17 février 1922, où il s'agissait de la *Fédération des professeurs de Lycée* et du *Sieur Fedel*, mêmes personnages que dans l'arrêt de 1913, il a dénié qualité à cette fédération pour attaquer une mesure qui n'atteignait qu'un de ses membres, tout en ayant une portée collective¹.

On arrive donc à reprendre les principes que le commissaire du gouvernement Romieu avait émis dans ses conclusions sous l'arrêt du 28 décembre 1906. Et comme le dit fort justement M. Alibert « un groupement ne peut agir par la voie du recours pour excès de pouvoir que s'il intente une action corporative ou s'il justifie d'un mandat pour exercer l'action individuelle »².

1. Jèze, *Revue de Droit Public*, 1922, p. 68.

2. Alibert, *op. cit.*

CHAPITRE III

NATURE DU RECOURS DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Sur la nature du recours aucune indication n'est fournie par la loi. L'art. 9 a prévu un recours au Conseil d'Etat contre les arrêtés préfectoraux refusant de faire droit à une demande en dérogation : « Le Conseil d'Etat statuera dans le mois qui suivra la date du recours qui sera suspensif ».

S'agit-il d'un recours en annulation ou d'un recours contentieux de pleine juridiction ? C'est la première question qui se pose.

Elle présente un double intérêt : le premier réside en ce que les formalités d'après lesquelles doit être formé le recours, sont inhérentes à sa nature ; s'il s'agit d'un recours de pleine juridiction, la requête devra être introduite par le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat, s'il s'agit au contraire d'un recours en annulation le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat ne sera pas obligatoire.

Le second concerne les pouvoirs du Conseil d'Etat qui varient suivant qu'il s'agit d'un recours de pleine juridiction ou d'un recours en annulation. Ici la loi

n'ayant pas spécifié la nature du recours c'est d'après les principes généraux que le critérium doit être réglé.

Il faut partir de l'idée fondamentale que les administrations publiques dans leurs relations avec les administrés sont, tantôt des parties qui traitent avec d'autres parties, tantôt des autorités qui commandent à des sujets.

Le contentieux de la pleine juridiction correspond à la première des deux situations. Il est fondé sur l'idée générale de la procédure que la lésion d'un droit doit être réparée par des moyens appropriés, dont le juge est l'appréciateur. Tandis que le recours en annulation ne comporte jamais de conséquences patrimoniales, le recours ordinaire de pleine juridiction est susceptible de comporter des conséquences patrimoniales.

Des différences se font jour entre les deux questions :

Le contentieux de l'excès de pouvoir est un contentieux objectif, qui confronte l'acte irrégulier avec une règle de droit. Au contraire le contentieux de pleine juridiction suppose une opération accomplie, une modification survenue dans les situations juridiques pré-existantes. C'est un contentieux subjectif des opérations exécutives. Par conséquent le recours pour excès de pouvoir est un recours contre un acte, le contentieux de pleine juridiction est un recours contre des opérations, supposant toujours une décision préalable, demande d'indemnité, pour pouvoir être intenté. Le recours contentieux de pleine juridiction exige la violation d'une règle de droit, alors que la lésion suffit pour intenter un recours pour excès de pouvoir. Le terrain est donc plus étendu pour ce dernier, en ce qui concerne la qualité de la partie.

Dans le premier cas il y a une dualité de parties, qui n'existe pas dans le second cas puisque le requérant n'a pas devant lui une autre personne, mais un acte. Le ministre dans ce cas n'étant qu'un donneur d'avis et non une partie.

Les juridictions compétentes sont différentes. Le Conseil d'Etat est seul juge en matière de recours pour excès de pouvoir, tandis que dans l'autre cas, si la compétence de droit commun appartient aussi au Conseil d'Etat, certaines parties lui échappent, surtout depuis les décrets de 1934. Il y a même des textes dans lesquels le contentieux, né d'actes administratifs, est par des textes formels déferé aux tribunaux judiciaires ; c'est ce qui a lieu par exemple pour le contentieux des chemins de fer de l'Etat et pour les colis postaux.

Les délais de recours sont différents. Le recours de pleine juridiction est en principe de 30 ans, l'autre est de 2 ans ; dans le premier le ministère de l'avocat est requis, il ne l'est pas dans le second.

Les pouvoirs du juge sont différents dans les deux contentieux. Ils sont plus étendus dans le contentieux de pleine juridiction où le juge peut annuler, réformer, modifier, et même accorder des indemnités. Donc sur une demande de pleine juridiction on peut greffer une demande d'annulation, mais sur une demande d'annulation on ne peut pas greffer une demande d'indemnité.

Enfin les effets de la chose jugée sont différents : dans le contentieux de la pleine juridiction ils concernent les parties, dans le contentieux de l'annulation, la décision produit ses effets *erga omnes*.

Il y a donc un réel intérêt pratique à savoir quel recours est ouvert lorsque la loi n'est pas explicite sur ce point.

M. Romieu, dans ses conclusions déjà citées, propose de se fonder sur la nature de l'acte attaqué : s'il s'agit d'un acte d'autorité, il y a lieu d'exercer le recours pour excès de pouvoirs ; s'il s'agit au contraire, d'un acte de gestion, nous rentrons dans le domaine du recours contentieux de pleine juridiction.

Nous croyons qu'il faut pousser plus loin l'analyse comme l'a fait M. Hauriou¹. Pour lui, le même acte peut suivant le point de vue où on l'envisage, être un acte d'autorité ou un acte de gestion : acte d'autorité si on le considère en lui-même, et comme une décision exécutoire ; acte de gestion au contraire, lorsqu'il intervient au cours d'une opération de gestion et plus simplement lorsqu'on le considère au point de vue de son exécution.

Le criterium auquel on arrive, consisterait à opposer la décision exécutoire et le recours pour excès de pouvoir, au fait d'exécution qu'accompagne le recours de plein contentieux, c'est-à-dire à opposer le point de vue de l'*exécutoire* à celui de l'*exécution*. On voit que ce n'est pas d'après la nature du grief invoqué, ni d'après la nécessité où se trouvait ou non, le Conseil d'Etat d'examiner l'affaire au fond, que peut être distingué le contentieux de l'annulation du contentieux de pleine juridiction. Cette distinction n'ayant comme source que la nature de l'acte attaqué.

Si on applique ce criterium à la loi sur le repos hebdomadaire il fonctionne très bien, car nous sommes en présence d'un arrêté pris par le préfet lequel est une décision exécutoire. On lui reproche sa force opposable et c'est elle qu'on veut faire tomber par l'annulation. C'est

1. S., 1907-3-17, note Hauriou.

donc bien, à première vue, le recours pour excès de pouvoir qui est en jeu. On a nié cependant que c'en fût un, et deux arguments ont été employés.

Le premier tiré d'une analogie existant, dans le cas des établissements dangereux et insalubres, entre le refus de dérogation et le refus d'autorisation. Il s'agissait d'un recours de pleine juridiction et le Conseil d'Etat pouvait accorder l'autorisation en sus de l'annulation du refus. Mais il s'agit là d'un cas bien particulier qu'il faut se garder d'étendre à d'autres cas. Car il faut remarquer que cette jurisprudence remonte à l'origine du Conseil d'Etat, époque où la justice était retenue et où le juge administratif pouvait se permettre de refaire l'acte qu'on lui déferait. Si cette tradition s'est conservée depuis que la justice est déléguée, il ne faut pas en conclure qu'on peut l'étendre indéfiniment.

Une autre objection venait d'une erreur relative aux pouvoirs du juge. On a vu que le Conseil d'Etat devait juger au fond, or à cette époque on différenciait les deux recours d'après la nature du grief invoqué et on opposait le contentieux au fond au recours pour excès de pouvoir, que l'on disait ouvert seulement pour violation des formes. Mais la jurisprudence avait fixé une quatrième cause d'ouverture « pour violation de la loi et des droits acquis » et pour examiner dans ces conditions la légalité de l'acte, le juge de l'excès de pouvoir devait examiner la question au fond et procéder à l'examen des circonstances de fait, comme nous le verrons plus tard.

Il pourrait être objecté que si le Conseil d'Etat se livre à l'examen des droits des administrés, il sort du contentieux de l'annulation. Il n'en est rien, car même pour violation de la règle de droit, le recours pour excès

de pouvoir reste une voie de recours objective destinée à assurer, dans l'intérêt du public, le respect par l'administration des règles objectives de la légalité et de la moralité administrative. Il n'est pas question ici d'un droit subjectif ; puisque, par hypothèse, c'est une décision exécutoire qui est attaquée et laquelle ne peut, en l'absence de tout fait d'exécution, atteindre des situations subjectives. Par conséquent on n'en peut pas conclure à l'existence d'un recours de pleine juridiction.

Est-il suspensif ?

Ayant examiné quelle était la nature du recours que les intéressés peuvent intenter contre l'arrêté préfectoral et ayant vu qu'il y avait lieu à recours pour excès de pouvoir, il faut rechercher si ce recours est suspensif et ce qu'il faut entendre par ce terme.

L'on sait qu'en règle générale, le recours contre la décision de l'administration n'est pas suspensif. Cependant la loi a spécifié que le recours contre les arrêtés préfectoraux pris en matière de repos hebdomadaire, sera suspensif. Quelle est la portée de cette disposition ?

Deux thèses sont en présence, dans la première, adoptée par la Cour de cassation, le recours suspend l'arrêté du préfet, et le patron est obligé de se soumettre à la règle du repos du dimanche. Il faut donc, pour être admis à la dérogation, non seulement avoir fait la demande mais aussi avoir obtenu l'autorisation du préfet. Tant que la dérogation sollicitée en vertu du deuxième paragraphe de l'art. 2, ne leur a pas été accordée, ils sont soumis au régime de droit commun.

La seconde opinion soutient que le recours est

suspensif, dès l'application du repos hebdomadaire, et que le commerçant ou l'industriel dont la demande a été rejetée peut valablement appliquer le régime qu'il avait demandé tant que le Conseil d'Etat n'a pas statué et rejeté sa demande.

Cette opinion est conforme à notre théorie de la nature du droit à la dérogation, car ce n'est pas une faveur que l'administration est maîtresse d'octroyer ou non, mais c'est un véritable droit pour le commerçant qui remplit les conditions prévues par la loi. Ce droit n'est pas créé par la décision de l'administration, celle-ci n'étant que déclarative d'un droit préexistant. S'il y a poursuite, on ignore, pendant qu'elle est exercée, si le prévenu commet, ou non, une infraction ; on ne le saura que lorsque l'autorité compétente aura statué sur la demande en dérogation ; et pendant ce temps-là ne faut-il pas penser que le désir du juge est de surseoir ?

Et si l'on s'arrête à l'opinion contraire celle-ci amène à des conséquences inadmissibles. Supposons, par exemple, un commerçant dont le meilleur jour de vente est le dimanche, il subirait, pendant les cinq ou six mois que durerait l'instruction un régime qui à la longue pourrait provoquer la faillite. Cela est inadmissible. L'on peut aussi remarquer à l'appui de notre thèse, que les rapporteurs ont toujours paru considérer que le double système des exceptions et des dérogations conférerait aux intéressés des avantages analogues. Or le bénéfice de l'exception de droit est applicable immédiatement. Ne doit-il pas en être de même pour les dérogations ?

Ces deux théories se retrouvent dans la jurisprudence.

C'est à propos de l'affaire *Godard* du 18 janvier 1907 (S., 1907-1-109 et D., 1907-1-153 note Lacour) que la Cour de cassation a eu à se prononcer :

Un commerçant de Bergerac avait sollicité du préfet l'autorisation de donner à son personnel le repos par roulement. Cela lui avait été refusé. Il porta l'arrêté devant le Conseil d'Etat et croyant avoir un droit à dérogation, il organisa dans son établissement le repos par roulement. Poursuivi pour infraction à la loi du 13 juillet 1906 il fut traduit devant le tribunal de simple police de Bergerac qui le relaxa des fins de la poursuite déclarant que : « Le recours formé par M. Godard est suspensif dit l'art. 9 de la loi susdite. S'il est suspensif, c'est que l'effet de l'arrêté préfectoral est suspendu jusqu'à la décision que prendra le Conseil d'Etat. Si cette décision est favorable à la demande de M. Godard l'arrêté sera annulé, il n'aura pas eu d'existence légale. Et comment alors M. Godard aurait-il pu commettre une contravention à un arrêté qui n'existe pas. Si au contraire la décision est défavorable à M. Godard, l'arrêté préfectoral reprendra son effet. Mais ce n'est qu'à partir du jour où cette décision aura été notifiée à M. Godard que celui-ci pourra seulement commettre une contravention ce qui ne lui pas été permis ».

Mais la Cour de cassation cassa l'arrêt pour ces motifs que « le repos hebdomadaire doit être donné le dimanche » et qu'il ne peut être dérogé à cette règle que lorsque l'autorisation a été *demandée et obtenue* ; que Godard n'ayant pas été autorisé, aux dates des faits à lui imputés, à donner à ses employés le repos par roulement, a enfreint l'injonction de la loi en les occupant le dimanche, que si aux termes de l'art. 9 le recours formé contre l'arrêté du préfet en suspend l'exécution, cet effet suspensif n'affecte que cet arrêté, en produisant selon les circonstances, les conséquences qu'il comporte et qu'il ne

saurait en aucun cas faire échec à l'application immédiate de l'art. 2 § 1^{er} de la loi ».

La Cour de cassation fit, à notre avis, une fausse interprétation de la loi. En effet l'art. 2 est la règle générale s'appliquant avant toute demande d'autorisation ; l'art. 9, est lui, une exception à cette règle, son rôle ne commençant que lorsque le recours est introduit, et que le Conseil d'Etat n'a pas encore statué, ce qui est précisément le cas par nous considéré. La Cour de cassation raisonne absolument comme si l'art. 9 n'existait pas, auquel cas le commerçant ayant sollicité une autorisation que le préfet lui refuse, pourra porter ce refus devant le Conseil d'Etat, mais devra, en attendant la décision, se conformer à l'arrêté préfectoral. La loi du 13 juillet 1906 par son art. 9 a justement voulu éviter ce résultat.

Nous sommes donc en présence d'un recours suspensif de l'exécution de l'arrêté préfectoral, lequel peut être rendu en deux sens différents :

1. La dérogation est refusée, et le recours est exercé contre l'arrêté de refus, par le patron. D'après notre thèse il ne peut pas pendant le délai du recours être poursuivi comme contrevenant à la loi, il attend la décision du Conseil d'Etat, et c'est seulement à ce moment que l'on saura s'il a fait usage de son droit en exerçant la dérogation, ou s'il a commis une violation de la loi.

2. L'autre hypothèse est celle où la dérogation a été accordée, et où le recours pour excès de pouvoir est exercé par les ouvriers ou leur syndicat. L'on pourrait croire qu'il y a moins de recours sur cette question, mais les décisions sont assez nombreuses, les syndicats demandant l'annulation d'une autorisation irrégulière

de dérogation. Il y aura lieu de suspendre la décision du préfet et le chef de l'entreprise ne pourra exercer cette dérogation en faisant usage de l'autorisation. C'est ce qui a été jugé dans l'arrêt du *Syndicat des employés de la ville de Nîmes*, du 8 mai 1908 (*Leb.*, p. 426) ¹.

1. Même cas dans les affaires : *Chambre syndicale des patrons coiffeurs et ouvriers de Versailles* ; *Association des employés de commerce d'Alais*, 8 mars 1907, (*Leb.*, p. 245) ; *Chambre syndicale des employés de la Ville de Reims*, 12 juillet 1907, (*Leb.*, p. 681) ; *Association des ouvriers coiffeurs de Rouen*, 27 novembre 1908, (*Leb.*, p. 985) ; etc...

CHAPITRE IV

POUVOIRS DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat et les recours contre les arrêtés préfectoraux

Nous étudierons sous cette division les principales difficultés soulevées par les questions de forme et de fond, et les solutions qu'en a données le Conseil d'Etat.

Section I

Vices de forme

L'art. 8 codifié sous le n° 35 du livre II du Code du Travail dit : « Lorsqu'un établissement quelconque voudra bénéficier de l'une des exceptions prévues au § 2 de l'art. 2, il sera tenu d'adresser une demande au préfet du département. Celui-ci devra demander d'urgence les avis du Conseil municipal, de la Chambre de Commerce de la région et des Syndicats patronaux et ouvriers intéressés de la commune. Ces avis devront être donnés dans un délai de un mois ».

La loi dit « le préfet », mais auquel des deux préfets à Paris doit-on adresser la demande ? Cette question

avait d'ailleurs été résolue, au début de l'application de la loi, par la compétence du préfet de Police ; des recours ayant été formés contre les décisions du préfet de Police, la question vint devant le Conseil d'Etat.

Certains déclaraient que le préfet de Police avait un caractère communal, tandis que le préfet de la Seine avait un caractère départemental, et que par conséquent c'était celui-ci qui était compétent. M. Romieu a fait remarquer avec juste raison qu'à Paris le préfet de Police, à côté de ses attributions municipales, a aussi des fonctions départementales, et que par suite lorsqu'une loi vise le préfet, elle peut concerner à Paris, soit le préfet de Police, soit le préfet de la Seine.

Si l'on procède par analogie, dans les attributions de ces deux fonctionnaires, l'on voit, que le préfet de Police a la surveillance des établissements industriels et commerciaux, il statue en ce qui concerne les établissements dangereux et insalubres. Il est chargé également de la police des transports, des établissements publics : théâtres, concerts, des débits de boisson, des marchés publics, etc., c'est-à-dire en général s'occupe de tout ce qui intéresse le commerce et l'industrie ; c'est donc lui aussi, par analogie, qui devra être compétent pour statuer sur les demandes de dérogation de la loi du 13 juillet 1906. C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Julien* du 30 novembre 1906 (*Leb.*, p. 789).

« Considérant que les arrêtés que le préfet du département prend en vertu de l'art. 8 de la loi du 13 juillet 1906 rentrent dans les attributions de police générale confiée à Paris au préfet de Police par l'arrêté du 12 messidor an VIII » décision qui n'a plus varié depuis lors.

Mais lorsqu'on demande une dérogation, le préfet

d'après les art. 8 et 2 ne peut prendre position qu'après une instruction régulière et après avoir pris l'avis du Conseil municipal, des Chambres de Commerce et des Syndicats patronaux et ouvriers. Nous nous trouvons en face de vices de formes possibles, c'est-à-dire dans « l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujetti par les lois et règlements.

Ces avis que le préfet doit prendre, doivent-ils obligatoirement être pris ? L'inobservation de ces formalités doit-elle dans tous les cas entraîner l'annulation de l'arrêté préfectoral ?

Il s'agit ici de ce que M. Alibert appelle un « avis consultatif »¹, c'est-à-dire d'un avis que l'administration est obligée de demander mais n'est pas obligée de suivre. De plus c'est là une de ses « formalités substantielles c'est-à-dire indispensables à la validité de l'acte », qui par leur omission, entraînent l'annulation de l'acte. Ici nous sommes certainement en face d'une de ces formalités essentielles ; en effet l'omission des formalités de l'art. 8 doit nécessairement entraîner la nullité des arrêtés préfectoraux car elles sont les éléments principaux dans lesquels le législateur a entendu que le préfet chercherait les motifs de décision. De très nombreux arrêts du Conseil d'Etat ont fait application de cette règle.

L'on peut citer par exemple à propos du défaut d'avis des Chambres de Commerce ou des Syndicats patronaux et ouvriers, les arrêts *Sieur Cahen*, 28 juin 1907 (*Leb.*, p. 621) ; *Société des Chaussures Plet*, 30 novembre 1906, (*Leb.*, p. 879) ; *Venot*, 8 mars 1907 (*Leb.*, p. 245) ; *Dames Polet*, 22 février 1907 et *Siminski* même jour, etc.

1. Alibert, *op. cit.*

Pour le Conseil municipal la situation peut être particulière. En effet, à côté du défaut d'avis, comme pour les affaires *Julien* du 30 novembre 1906 (*Leb.*, p. 879) ; *Sieur Boulière*, 22 février 1907 (*Leb.*, p. 190), il se peut, lorsque le préfet consulte le Conseil municipal que celui-ci soit hors session et ne puisse se réunir dans le délai imparti.

L'on pourrait dire que le préfet ayant saisi le maire a rempli ses obligations. A notre avis il n'en est rien, car en vertu de l'art. 47 de la loi du 5 avril 1884, il peut convoquer le Conseil municipal en session extraordinaire. Par conséquent, il doit non s'en remettre au maire mais user de son pouvoir pour mettre le Conseil municipal à même de lui donner l'avis qu'il a l'obligation de prendre.

Par suite, s'il n'a pas convoqué le Conseil municipal comme dans le cas précité, son arrêté manque de base légale et est entaché d'irrégularité.

A ce propos il y eût encore de plus grandes difficultés par suite du régime spécial de la Ville de Paris. En effet à Paris la loi de 1884 n'est pas applicable, d'autre part c'est le préfet de la Seine qui convoque le Conseil municipal, et, nous avons vu que c'était le préfet de Police qui était compétent au sujet de la loi de 1906.

Certains déclaraient que le préfet de Police se trouvait dans la même situation que les préfets lorsqu'ils consultent les Chambres de Commerce ; n'ayant pas le droit de convocation, il aurait satisfait à ses obligations s'il laissait passer le délai d'un mois.

Mais à notre avis, il y a entre les deux préfets de la Seine et de Police, une certaine interdépendance, qui doit jouer dans ce cas, car ils sont les représentants

d'une même administration, laquelle est en faute lorsque les mesures nécessaires, pour avoir l'avis n'ont pas été prises. Le Conseil d'Etat s'est décidé dans ce sens et a déclaré que le préfet de Police devait demander au préfet de la Seine de convoquer le Conseil municipal. Mais si l'un de ces corps refuse de donner son avis ou ne veut pas le donner dans le délai, le préfet peut passer outre après le délai d'un mois, *Jacob frères*: 30 novembre 1906 (*Leb.*, p. 879); *Dreuilhe*, 22 mars 1907, (*Leb.*, p. 302); *Dubois, Meyer et Roy, Villenave*, 10 janvier 1908 (*Leb.*, p. 16), pour les refus du Conseil municipal; *Lang*, 30 novembre 1906 (*Leb.*, p. 879), pour le refus des Chambres de Commerce; etc.

D'autre part ces avis ne sont valables que pendant un certain temps; c'est ainsi que par exemple, dans une affaire du 24 juin 1921 le Conseil d'Etat a jugé que passé 10 ans les avis doivent être considérés comme inexistant.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, il s'agit ici d'avis consultatif, et par conséquent ne liant pas le préfet qui peut passer outre (*Siminski et Floerheim*, 22 février 1907 (*Leb.*, p. 190); *Placais*, 14 juin 1907 (*Leb.*, p. 561); *Lancel*, 12 juillet 1907 (*Leb.*, 681, etc.).

Toutefois l'arrêté préfectoral devra contenir les avis des autorités consultées, mais le Conseil d'Etat se montre peu exigeant au sujet des précisions et en particulier ni la date, ni le sens, ne sont indiqués obligatoirement, *Ulman*, 8 février 1907 (*Leb.*, p. 140); *Delarue*, 22 mars 1907 (*Leb.*, p. 302) etc.

Après les visas, les motifs sont eux aussi requis à peine de nullité, mais là aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est montrée large (*Montaut*, 2 décembre 1906,

(*Leb.*, p. 140); *Lancel*, 12 juillet 1907, (*Leb.*, p. 681).

Le Conseil d'Etat a même jugé que l'emploi d'une formule imprimée, pour la notification des arrêtés est légale, car dans de nombreux cas, les motifs de refus sont semblables, pour des affaires en apparence différentes *Camel*, 28 juin 1907 (*Leb.*, 617) etc.

Enfin le préfet peut statuer collectivement, mais à la condition expresse qu'il ait examiné individuellement les demandes. S'il rejetait plusieurs demandes sur des raisons d'ordre général et économique il commettrait un vice de forme. Dans l'arrêt *Corbière* du 28 décembre 1906 le Conseil d'Etat s'exprimait en ces termes :

« Qu'aucune disposition de la loi susvisée ne s'oppose à ce que les autorités appelées à se prononcer sur les demandes de dérogations au repos simultané, après avoir examiné chacune d'elles, d'une façon spéciale en fassent l'objet d'un avis collectif, que d'autre part le préfet a le droit de réunir dans un même arrêté les noms de plusieurs industriels ou commerçants dont il a examiné individuellement chacune des demandes ».

Nous avons déjà vu que le préfet ne peut statuer provisoirement, le Conseil d'Etat déclarant « qu'aucune disposition de la loi du 13 juillet 1906 ne permet au préfet de prendre des arrêtés provisoires sur la demande de dérogation (arrêt *Montaut* du 12 juillet 1907, *Leb.*, p. 681).

Et d'autre part si le Conseil d'Etat accorde le retrait d'une autorisation antérieure il faut qu'il y ait des faits nouveaux; et il ne peut le faire qu'après une nouvelle instruction.

Section II

De la légalité des arrêtés au fond

La loi du 13 juillet 1906 établit que le repos aura lieu le dimanche, jour choisi non comme la consécration d'un principe d'ordre confessionnel, mais suivant l'usage français.

Le Conseil d'Etat, a dès le 28 décembre 1906, dans l'affaire *Léon* (*Leb.*, p. 863) appliqué cette théorie en refusant au dit sieur Léon de donner, par suite de sa religion juive, le repos le samedi au lieu du dimanche « aucune disposition de la loi ne permettant de faire droit à une requête fondée sur les motifs invoqués par le sieur Emmanuel Léon ».

D'autre part et en vertu des règles de la preuve, et du fait que la règle légale est le repos le dimanche, la dérogation étant l'exception « c'est donc à celui qui demande à bénéficier de la dérogation à faire la preuve » *Sieur Corbierre*, 30 novembre 1906 (*Leb.*, 879); *Cochet*, 3 juillet 1908, (*Leb.*, p. 729); *Belet*, 7 août 1909, (*Leb.*, p. 834), etc.

a. *Caractère individuel de la dérogation.* — La loi du 13 juillet 1906 prévoit des exceptions d'ordre général et législatif à l'art. 3, et des dérogations d'un caractère local et individuel à l'art. 2. Cette distinction a d'ailleurs soulevé des difficultés, surtout avant la publication des règlements d'administration publique destinés à compléter l'art. 3. Le Conseil d'Etat a décidé que pendant la période où les décrets n'étaient pas encore publiés, il ne lui appartenait pas de statuer sur l'application de

l'art. 3 § 2. (affaires *Saignette*, 27 décembre 1907 (*Leb.*, 1013); *Demoiselle Marquis*, 24 janvier 1908 (*Leb.*, p. 86).

Mais cette règle de la dérogation individuelle aurait pu présenter de graves inconvénients, en effet un préfet aurait pu accorder l'autorisation à un établissement et la refuser à d'autres; il y avait là une source d'abus, d'inégalités, d'arbitraire, d'atteinte à la libre concurrence. Aussi le législateur par l'art. 38 du Code du Travail, livre II, a-t-il spécifié que tout établissement similaire a droit à la même dérogation. Par établissement similaire on entend établissement *de la même ville, faisant le même genre d'affaires s'adressant à la même clientèle*.

M. Romieu a fort bien montré la marche que devait suivre le préfet¹ :

« Si une demande de dérogation, disait-il, satisfait complètement en elle-même aux conditions légales, la crainte de devoir l'étendre à des établissements similaires ne doit pas suffire à la faire rejeter, puisque cette extension est précisément la circonstance avec ses diverses modalités, qu'a en vue le législateur. Le préfet d'abord, le juge ensuite doit examiner si les demandeurs isolés ou groupés satisfont individuellement aux conditions de la loi et s'il y a des différences entre eux justifiant un traitement différent. Il ne s'agit pas de décider *a priori* que l'on rejettera tout ou que l'on accordera tout, mais d'examiner chaque demande afin de déterminer si, eu égard aux circonstances de fait, elle est fondée en droit ».

Le Conseil d'Etat a fait plusieurs fois l'application de ces règles.

C'est ainsi qu'il a reconnu le bien fondé de requérants dont les établissements se trouvaient dans le même

1. Conclusions de M. Romieu, *Leb.*, 1906, p. 862.

quartier, faisaient le même genre d'affaires et s'adressaient à la même clientèle que d'autres établissements à qui une dérogation avait été accordée. Affaires *Lévy et Cie*, 6 août 1907 (*Leb.*, p. 792); *Giraut*, 10 juillet 1908 (*Leb.*, p. 768); *Langlet*, 30 avril 1924 (*Leb.*, p. 429.); dans ce dernier cas d'ailleurs rejet de la demande parce qu'aucun établissement similaire ne bénéficiait de la dérogation réclamée.

Il y avait encore une difficulté au sujet des magasins à rayons multiples. La question était de savoir si tous les rayons devaient être soumis au régime périodique ou s'ils pouvaient avoir des régimes juridiques différents, chacun d'eux étant envisagé isolément .

Le Conseil d'Etat dans la première affaire *La Samaritaine*, 13 janvier 1911 (*Leb.*, p. 28) a jugé qu'un établissement effectuant des opérations variées et s'adressant à des clientèles très différentes ne saurait invoquer, pour l'ensemble de ses rayons, le bénéfice de dérogations qui auraient été accordées à des établissements n'effectuant qu'une partie de ces opérations, et ne s'adressant qu'à une partie de cette clientèle. Cela tendait à déclarer que c'était le magasin « pris dans son ensemble » qui ne pouvait obtenir la dérogation. Et alors M. Cognacq demanda séparément, pour chaque rayon, une dérogation en indiquant pour chacun d'eux les établissements similaires qui avaient obtenu la dérogation, et qui, à son avis, faisaient le même genre d'affaires et s'adressaient à la même clientèle. Ici il avait en sa faveur une décision antérieure du Conseil d'Etat, qui avait admis le droit à dérogation pour certains rayons d'un bazar de Carcassonne. Arrêt *Combéleran*, Carcassonne, 31 juillet 1908 (*Leb.*, p. 847).

Le Conseil d'Etat par son arrêt du 29 novembre 1912 *Samaritaine* maintenait le refus du préfet pour huit (8) rayons, pour lesquels la demande de dérogation n'avait pas été reconnue justifiée et reconnaissait le droit à la dérogation pour six (6) autres.

Ceci d'ailleurs n'a plus qu'un intérêt historique puisque la loi du 16 février 1922 a complété l'art. 36 du livre II du Code du Travail qui fait allusion à l'extension de la dérogation aux établissements similaires de la façon suivante : « et compris dans la même classe de patente, *étant entendu qu'une fraction d'établissement ne peut en aucun cas être assimilée à un établissement* ».

b. *Appréciation de la légalité par rapport aux conditions de fait auxquelles est subordonné le droit à dérogation.* — Dans le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat se reconnaît le droit d'apprécier les faits de la cause, lorsque c'est la condition nécessaire de la découverte de la règle de droit et de sa violation.

Ce pouvoir d'appréciation des faits repose sur deux idées :

Le Conseil d'Etat ne doit pas être juge de l'opportunité des actes administratifs.

L'appréciation du fond et du fait est, au contraire, légitime et nécessaire, lorsqu'elle est la condition de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, c'est-à-dire de sa conformité ou de sa non conformité avec la règle de droit *lato sensu* »¹.

Le juge de l'excès de pouvoir dans le cas de l'appréciation du fond et des faits comme condition de l'appréciation de la légalité, ne devra donc pas aborder l'opportu-

1. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*.

nité des actes administratifs, mais recherchera si un acte administratif intervenu dans des circonstances de fait déterminées, est, ou n'est pas critiquable. En effet le droit dépend du fait et varie avec lui.

L'art. 34 fait reposer ces dérogations sur le fait que le repos simultané de tout le personnel le dimanche « serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement ».

L'on voit d'après ce simple énoncé que ces deux conditions n'ont pas besoin d'être réunies, l'une ou l'autre suffit si elle est établie, pour que le commerçant ait droit à la dérogation. Il est vrai que lorsque la première sera réalisée, la seconde le sera forcément, l'établissement ne fonctionnant plus normalement. Mais le fonctionnement normal de l'établissement peut être troublé sans que le public en ressente une grande gêne (il est vrai que l'on pourrait toujours prouver qu'il y a eu préjudice pour le public, par exemple en déclarant que par suite du fonctionnement anormal de l'établissement il y a eu hausse des prix). En général d'ailleurs les deux cas se touchent intimement et résultent réciproquement l'un de l'autre.

Mais il faut alors se demander suivant quel critérium l'autorité administrative chargée de statuer sur la demande, pourra se décider ? Quels seront les éléments prouvant le préjudice réel ou l'atteinte grave ? Ceci est très délicat et il faudra dans chaque cas, faire une étude spéciale de l'affaire, examiner la situation de l'établissement, le commerce qu'il exerce, la clientèle qu'il dessert.

Il pourra par exemple avoir lieu, à dérogation par suite de considérations topographiques. C'est ainsi qu'un

marchand de vins en gros, dont l'établissement était situé sur un quai du port de la Rochelle, a été autorisé à ouvrir le dimanche après-midi, sa clientèle se composant de marins pêcheurs et caboteurs qui venaient s'approvisionner le dimanche à son magasin (arrêt *Tessereau*, 5 août 1908, *Leb.*, p. 887). La même solution a été donnée par la jurisprudence dans le cas d'établissements situés près d'une gare où affluent les voyageurs le dimanche (arrêt *Dame Chevret*, 12 février 1909, *Leb.*, p. 167, etc.). Il pourra en être de même dans le cas d'une ville située près de la frontière, l'autorisation étant demandée parce qu'il y a affluence d'étrangers le dimanche (*Marlin et autres*, 28 décembre 1906, *Leb.*, p. 979).

Une clientèle composée de paysans ou d'ouvriers s'approvisionnant exclusivement le dimanche est encore de nature à faire accorder la dérogation (*Robinet*, 28 décembre 1906, *Leb.*, p. 979 ; *Langier et autres*, 24 janvier 1908, *Leb.*, p. 87, etc.). Très près de ce cas on peut noter celui d'un marché se tenant le dimanche (*Maufront* 24 juillet 1908, *Leb.*, p. 813).

D'autre part certaines requêtes se sont appuyées sur une situation qui était parfois complémentaire des précédentes ; certains établissements, en raison de la nature de leur clientèle, effectuaient le dimanche, des opérations de vente qui représentaient un chiffre d'affaires exceptionnellement élevé par comparaison à l'ensemble des affaires annuelles. C'est ainsi que dans l'affaire *Bec*, la vente des marchandises le dimanche représentait 35 à 40 % des ventes de la semaine (*Bec*, 6 août 1907, *Leb.*, 792). Mais une demande de dérogation formée par un cordonnier a été rejetée, l'enquête à laquelle il avait été procédé ayant démontré que si la fermeture des magasins

le dimanche à midi avait eu pour conséquence de diminuer le chiffre des opérations, il en était résulté un relèvement de celles-ci au cours de la semaine, relèvement qui faisait compensation (*Dreyfus* 3^e espèce, 1907, *Leb.*, p. 504).

Il peut également y avoir des considérations techniques qui influent sur le fonctionnement normal. C'est ainsi qu'une minoterie marchant par la force hydraulique exige une équipe, même le dimanche, afin de manœuvrer les vannes du barrage (*Roblot*, 30 novembre 1906, *Leb.*, p. 880). Même chose dans une affaire voisine (*Société anonyme continentale de glace transparente*, 21 juin 1907, *Leb.*, 581).

Mais si ces dérogations ont été accordées, par suite de l'atteinte profonde aux intérêts du public ou au fonctionnement normal de l'établissement, et pour faire cesser les excès de pouvoirs commis souvent par les préfets, d'autres ont été refusées ; la plupart parce qu'elles n'apportaient pas une preuve suffisante du préjudice causé au public ou de la gêne au fonctionnement normal de l'établissement.

L'on peut citer entre autres arrêts : *Hourmat*, 30 novembre 1906, *Leb.*, p. 863 ; *Godard*, 8 février 1907, *Leb.*, p. 140 ; *Benoit*, 28 décembre 1907, *Leb.*, p. 990 ; *Saignette*, 27 décembre 1907, p. 1013 ; *Dubois, Meyer et Roy*, 10 janvier, 1908 p. 16 ; *Etablissements Bourgain*, 12 février 1909, p. 167 ; *Société Caulore*, 6 août 1900, p. 729 ; *Samaritaine*, 1^{re} affaire, 13 janvier 1911, p. 28 ; 28 juin 1912, p. 760 ; *Sieur Dubé*, 8 août 1919, p. 759 ; *Langlet*, 30 avril 1924, p. 429.

Les recours peuvent être également rejetés lorsqu'ils sont présentés sous une forme irrégulière, par exemple sur un papier non timbré (*Syndicat des patrons coiffeurs*

de Limoges, 28 décembre 1906, p. 977). D'autres parce qu'ils n'ont pas d'objet. C'est ainsi que dans l'affaire de la *Société des Magasins Modernes de Toulouse* (3 juillet 1908 *Leb.*, p. 729), le Conseil d'Etat n'a pas reconnu à cette Société le droit de donner le repos hebdomadaire le dimanche après-midi avec repos compensateur d'une journée par quinzaine et par roulement, parce qu'elle avait présenté cette nouvelle demande au Conseil d'Etat et non au préfet comme elle le devait (même solution *Dame Penonil*, 26 décembre 1913, *Leb.*, p. 1323).

Par ailleurs le bénéfice de la dérogation a été refusé à un marchand de nouveautés qui appartenait à la religion juive et qui demandait à donner le repos hebdomadaire à son personnel le samedi, pour le motif que les prescriptions de sa religion l'obligeaient à fermer ses magasins ce jour-là (*Emmanuel Léon*, 30 novembre 1906, *Leb.*, p. 882).

Le recours peut être enfin rejeté parce que appuyé sur des données que le Conseil d'Etat n'est pas qualifié pour apprécier, par exemple la nullité d'un procès verbal (*Berthon*, 30 novembre 1906, *Leb.*, p. 862), ou parce que sollicitant des dérogations non prévues par la loi (*Chaulet*, 11 février 1910, *Leb.*, p. 116).

Dans toutes les affaires précédemment évoquées c'est le préfet qui se trouve en jeu ; mais il y a un cas prévu par l'art. 44 du Code de Travail qui autorise le maire à suspendre le repos dominical « lorsqu'il coïncidera avec un jour de fête ou de quartier désigné par un arrêté municipal ». De nombreux arrêts ont été rendus sur cette question par suite d'excès de pouvoir commis par les maires, c'est ainsi que dans l'arrêt *Demoiselle Rabateau* (24 mars 1928, *Leb.*, p. 445), le Conseil d'Etat

décide que le maire de Saint-Nazaire a excédé les pouvoirs qu'il tient de l'art. 44 en suspendant pendant cinq dimanches de l'année le repos hebdomadaire, alors que l'instruction n'a pas établi que ces dimanches constituaient des jours de fête locale ou de quartier (arrêts dans le même sens : *Syndicat des employés de commerce de Marseille*, 13 février 1930, *Leb.*, p. 177 ; *Gaunoux*, 22 janvier 1931, *Leb.*, p. 80).

L'on voit que de nombreuses situations peuvent se présenter, nous n'en avons d'ailleurs donné que les plus intéressantes. Quel est ensuite l'effet de la décision du Conseil d'Etat ? C'est ce que nous allons essayer de dégager maintenant.

c. *Renvoi à l'administration pour faire ce que de droit.* — Comme nous l'avons établi en étudiant la nature du recours nous sommes en présence d'un recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire laissant au Conseil d'Etat le pouvoir non de réformer mais d'annuler. Par conséquent la requête pourra être introduite sans le ministère d'un avocat, et le Conseil d'Etat ne pourra délivrer lui-même l'autorisation, le juge de l'excès de pouvoir ne pouvant se substituer à l'administration pour faire l'acte. Or théoriquement l'effet de la chose jugée n'existe pas en droit administratif, comme il existe en droit civil. Il n'y a en effet aucun moyen de contrainte pour obliger l'administration à obéir à la chose jugée. En fait l'administration ne refuse presque jamais d'obtempérer et de déduire les conséquences de droit de l'arrêt d'annulation, mais elle y met plus ou moins d'empressement. Il semble cependant que le Conseil d'Etat soit décidé à assujettir d'une certaine manière l'administration. Il s'est d'abord

contenté d'insister sur le fait que tout doit se passer comme si l'acte annulé n'avait jamais existé (voir arrêts *Viaud*, 30 novembre 1900, S., 1903-3-23 ; *Ledochewski*, 12 juin 1903, S., 1905-3-154).

Mais il y a intérêt à ce que la situation soit plus nettement précisée, aussi a-t-on vu le Conseil d'Etat dans les arrêts du 30 novembre 1906 (*Denis et Rage-Roblot*, *Leb.*, p. 862, S., 1907-3-17) imaginer la procédure de renvoi à l'administration pour faire, d'après la formule de M. Hauriou, « ce que de droit », » qui est de nature à déterminer l'administration à obéir (arrêts *Daraux*, 26 juin 1908, *Leb.*, p. 689 ; S., 1909-3-129, avec une note de M. Hauriou). Jusqu'à maintenant ce procédé est correct car il n'y a pas injonction impérative du Conseil d'Etat à l'administration, et si le préfet prend une décision contraire le Conseil d'Etat ne dispose d'aucune sanction proprement dite. Cependant M. Hauriou envisagerait pour celui qui n'obéirait pas à la chose jugée, soit une faute administrative qui entraînerait la responsabilité pécuniaire de l'administration (*Maurot*, 28 juin 1912, *Leb.*, p. 743) ; soit un fait personnel qui rendrait l'administrateur responsable devant les tribunaux civils (voir *Fabrègues*, 22 juillet 1910, *Leb.*, p. 606 ; S., 1911-3-121 et note).

D'ailleurs ce simple renvoi est particulièrement efficace et les administrateurs se conforment à cet avis, comprenant sans doute, que tout acte contraire à l'arrêt serait annulé.

Jamais le Conseil d'Etat n'accorde lui-même une autorisation provisoire, il renvoie l'affaire au préfet pour que celui-ci la délivre. La jurisprudence est constante à ce sujet (voir en particulier *Corbière*, 15 décem-

bre 1907, *Leb.*, p. 977 ; *Société le Bon Génie*, 17 mai 1907, p. 501).

D'autre part l'on peut montrer que s'il y a résistance du préfet celle-ci n'est jamais longue et que les clauses de conflits sont peu redoutables et faciles à vaincre. Dans l'affaire *Cahen* du 15 novembre 1907 (*Leb.*, p. 833), on en trouve un exemple. Le Sieur Cahen, négociant en lingerie, demandait la dérogation prévue par la cédule B. (dimanche midi au lundi midi). Le préfet refuse. Recours au Conseil d'Etat qui casse l'arrêté et renvoie pour faire ce que de droit. Le préfet refuse une seconde fois l'autorisation au Sieur Cahen, lui octroyant simplement le roulement qui était déjà accordé à 31 commerçants de la même ville. Nouveau recours devant le Conseil d'Etat qui casse à nouveau l'arrêté du préfet. Celui-ci fit alors droit à la demande de Cahen.

L'on voit que la force de la décision du Conseil d'Etat s'impose par la persuasion, en faisant appel aux principes du respect de la légalité et de la moralité administrative.

Deuxième Partie

L'arrêté préfectoral sur entente

CHAPITRE PREMIER

L'ACCORD INTERSYNDICAL

L'arrêté préfectoral sur entente a posé de nombreux problèmes qui n'ont pu être résolus que par la jurisprudence. La loi du 29 décembre 1923, codifiée dans l'art. 43 A. du livre II du Code de Travail avait bien déclaré qu'il faudrait un accord entre les Syndicats patronaux et ouvriers d'une profession et d'une région déterminée, mais sans rien définir. Nous allons essayer, à l'aide de la jurisprudence, de déterminer entre qui doit avoir lieu cet accord, et en particulier ce que l'on entend par profession et par région. Nous rechercherons ensuite comment les intéressés expriment leurs opinions et nous examinerons, pour terminer, la procédure qu'ils doivent suivre pour que cet accord soit sanctionné par l'autorité administrative. Cette entente intersyndicale est d'ailleurs la seule condition prévue par l'art. 43 A. et la jurisprudence la considère comme suffisante (Crim., 14 mai 1925, D.H., p. 467 ; C.E., 12 juin 1925, *Leb.*, p. 572).

Section I

Entre qui ?

L'on peut poser comme principe que la loi s'applique aux employeurs et aux travailleurs par suite de l'idée de la fermeture obligatoire. Tous les établissements ouverts au public sont soumis à cette loi, il n'y a même pas à distinguer s'il s'agit de patrons exploitant individuellement ou de sociétés à forme commerciale ou coopérative.

Cependant des controverses se sont fait jour au sujet des établissements n'employant pas de personnel. Certains patrons travaillant seuls, déclaraient que l'art. 43 A. ne leur était pas applicable étant donné que la fermeture n'interviendra que lorsqu'il y aura accord « sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire *sera* donné au personnel ». Ce raisonnement est spécieux, car il ne tient aucun compte du fait que la loi de 1923 est distincte de celle de 1906 et ne fait aucune discrimination entre les établissements employant du personnel et ceux où le patron est seul. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'article lui-même qui vise « la fermeture au public des établissements de la profession et de la région pendant toute la durée de ce repos », par conséquent ne faisant aucune distinction, suivant le genre d'exploitation de l'établissement.

La Cour de cassation (Cass., 17 juillet 1925, *Chambre Syndicale de l'ameublement et autres*, D., 25-1-217), et le Conseil d'Etat (17 juillet 1925, *Syndicat des commerçants de toutes catégories du marché aux puces de Bagnolel et autres*, Leb., p. 695), par des arrêts rendus le même jour

ont été de cet avis et se sont prononcés en faveur de l'opposabilité de l'arrêté de fermeture à tous les établissements quels qu'ils soient ; le Conseil d'Etat déclarant que l'art. 43 A. « ne fait aucune distinction entre les établissements où le patron travaille seul et ceux où il emploie du personnel, que sa portée est d'ailleurs confirmée par les travaux préparatoires desquels il résulte que la volonté du législateur a été d'empêcher la concurrence faite aux établissements fermés par l'ouverture, le jour de repos collectif, de certains établissements exploités par le patron seul ou aidé de sa famille ou d'employés occasionnels » (même sens 27 mai 1927, *Association des commerçants de Charleville, Sieurs Liebaut et Philibert, Leb.*, 628 ; 6 août 1926, 2^e espèce, *Sieur Emery, Leb.*, p. 876).

Une difficulté pourrait se présenter si l'on se trouvait en présence d'une région ou d'une profession qui ne contiendrait que des patrons travaillant seuls. La fermeture ne serait plus possible, l'accord devant intervenir entre les « Syndicats patronaux et *ouvriers* » de la profession et de la région à régler. Nous croyons que même dans ce cas l'art. 43 A. pourrait s'appliquer, en incorporant la région dans une autre plus grande, qui contiendrait des syndicats ouvriers de la profession, ou dans la région même, en demandant l'accord des Syndicats ouvriers des professions similaires. C'est ainsi que dans l'arrêt *Courtois* (25 juin 1926, *Leb.*, p. 650), le Conseil d'Etat a admis que si l'accord, entre syndicats départementaux ou régionaux, ne vise qu'une ville déterminée, l'arrêté de fermeture peut être limité aux établissements de cette ville, même si le syndicat s'étend sur un espace plus grand.

D'ailleurs cette extension aux établissements n'employant pas de personnel paraît avoir été proposée pour favoriser le contrôle de la loi, par la fermeture effective des établissements, c'est-à-dire en interdisant leur accès au public ; et aussi pour empêcher la concurrence, faite aux établissements occupant du personnel et qui seraient fermés au jour du repos collectif, par d'autres établissements du même genre (27 mai 1927, *Sieur Liebau, Leb.*, p. 628). M. Godard disait dans son rapport ¹ : « Ce texte est important, parce qu'il permet de réaliser un grand progrès, la fermeture des établissements, seul procédé pratique d'application et de contrôle du repos hebdomadaire ».

Les patrons devront donc fermer même s'ils n'emploient pas de personnel pendant la semaine. C'est ce qu'a décidé la jurisprudence comme nous l'avons vu dans les deux arrêts précités.

Mais une autre difficulté se présente. En effet certains établissements peuvent bénéficier de dérogations prévues par le Code du Travail, faudra-t-il les comprendre dans l'arrêté, et leur étendre l'application de l'accord ?

Les intéressés tiennent, de la loi elle-même, les dérogations ; le préfet peut-il y déroger ?

Certains ont dit qu'ayant été concédées, dans l'intérêt du public, elles doivent être considérées comme d'ordre public et que les bénéficiaires ne peuvent y renoncer. Que même s'ils y renonçaient, étant donné qu'il s'agit d'un véritable droit individuel à leur profit, il ne peut leur être enlevé sans leur consentement, par un vote majoritaire de leurs confrères. Cette solution fut d'ailleurs admise par le tribunal correctionnel de la Seine

1. *J.O. Doc. parl. ch.*, novembre 1919, p. 913.

le 26 février 1925 (*Gaz. Trib.*, 25-2-440). L'on ajoutait d'ailleurs que l'art. 43 A. n'avait en rien modifié l'art. 38 et que par suite un arrêté préfectoral ne pouvait pas porter atteinte aux dispositions impératives de la loi.

Mais la Cour de cassation et le Conseil d'Etat décidèrent tous les deux dans le même sens, que l'accord inter-syndical, peut ordonner la fermeture des établissements même bénéficiant de dérogations légales. (Crim., 8 mai 1925, S., 26-1-139 ; C.E., 27 mars 1925, p. 336 ; D., 25-1-217).

Le Conseil d'Etat déclare que l'art. 43 A. s'applique à « tous les modes de repos hebdomadaire et ne comporte aucune distinction suivant que la profession visée bénéficie d'une dérogation accordée, soit par l'autorité préfectorale, soit de plein droit par l'art. 38 du Code du Travail ; qu'il résulte, au contraire, des travaux préparatoires que le législateur a entendu remédier aux difficultés de contrôle et aux inconvénients que présente le droit de donner le repos par roulement ». Dès lors les pharmaciens, qui sont des commerçants expressément soumis à la législation sur le repos hebdomadaire, ne peuvent plus invoquer le bénéfice de la dérogation légale prévue en leur faveur par l'art. 38 précité, lorsque la procédure instituée par la loi du 29 décembre 1923, a été appliquée à leur profession dans la région où ils sont établis (10 juillet 1925, *Lemeland et Pozzi, Leb.*, p. 75).

La décision intersyndicale s'étend donc aux établissements légalement autorisés à déroger d'une façon permanente au repos du dimanche pour tout leur personnel ; nous croyons qu'à plus forte raison elle supprime les restrictions, ou temporaires, ou ne concernant qu'une partie du personnel c'est-à-dire les dérogations prévues

par les art. 40, 41, 42, qui sont subordonnées à un préavis, le préfet n'étant d'ailleurs pas soumis à la procédure de l'art. 35, car déclare le Conseil d'Etat « la mise en vigueur du nouveau régime de l'art. 43 A. entièrement différent de celui auquel se réfère l'art. 35 mettait nécessairement fin à certaines modalités du régime antérieur incompatibles avec son fonctionnement, notamment aux autorisations de dérogations par roulement » (17 juillet 1925, déjà cité ; même sens, 18 novembre 1932, *Chambre syndicale parisienne de la bijouterie et de l'horlogerie* et *Ferret, Leb.*, p. 975).

§ 1

De la même profession

L'art. 43 A. déclare que l'accord pour la demande de fermeture doit avoir lieu entre les « Syndicats patronaux et ouvriers » d'une profession et d'une région déterminée. C'est cette notion de profession que nous allons essayer de définir. Ni le législateur de 1906, ni celui de 1923, ne l'ont en effet définie. En 1923 la loi en parle deux fois, en quelques lignes, mais sans approfondir. Il faudra donc nous reporter à la jurisprudence, et voir comment celle-ci a tranché la question. L'on pourrait presque dire qu'il n'y a rien de définitif ; en effet nous nous trouvons en face de deux criteriums employés successivement par nos hautes juridictions. Dans un premier état de choses, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat s'étaient appuyés sur la *nature du produit vendu*.

Le Conseil d'Etat eut à s'occuper d'une affaire (*Syndicat des marchands forains de Limoges*, 15 janvier 1926, *Leb.*, p. 47), où il s'agissait de savoir si les marchands forains, vendant au détail des vêtements et chaussures,

pouvaient être englobés dans un arrêté préfectoral pris en faveur des établissements sédentaires, vendant le même genre de marchandises. Par conséquent il fallait trancher le point de savoir, si l'on pourrait réunir sous la même profession ces deux séries de vendeurs, et si l'on devait négliger, ou non, de simples différences dans les conditions matérielles d'exercice d'un métier donné. Le Conseil d'Etat statua dans les termes suivants « Considérant d'autre part que par intéressés, il faut entendre non seulement les négociants qui se livrent d'une façon exclusive au commerce envisagé, mais ceux qui l'exercent en même temps que d'autres commerces ; qu'en effet conformément à la volonté du législateur d'éviter toute concurrence aux établissements fermés, les uns et les autres négociants seront contraints, par l'arrêté à intervenir, à cesser au jour fixé l'exercice de la profession visée ; qu'il suit de là que les marchands forains de Limoges, se livrant exclusivement ou partiellement à la vente des vêtements ou des chaussures sont au nombre des intéressés dont la consultation peut s'imposer au préfet ».

Le Conseil d'Etat semble décider, d'autre part, que le mode d'exploitation ne suffit pas à déterminer la profession, un commerçant pouvant aussi bien vendre des pièces d'étoffes dans un domicile fixe que dans un étalage placé sur la voie publique. « Cette division en deux catégories, correspond à une différence dans le mode d'exploitation du commerce envisagé, mais elle ne saurait impliquer l'existence de deux professions distinctes, dès lors que les marchands sédentaires et forains se livrent, les uns et les autres, d'une manière habituelle à la vente d'articles de même nature ».

D'ailleurs une autorisation pour les forains aurait créé

une concurrence illégale. Il faudrait, croyons-nous, pour qu'ils ne puissent être englobés, qu'il existât des différences très nettes dans les deux ventes, par exemple, que les marchandises vendues soit d'une nature particulière : achetées en solde et démodées. La Cour de cassation dans un arrêt du 16 juillet 1925, D., 25-494 émit une opinion semblable et invoqua également la nature du produit vendu.

Mais le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 5 mars 1926, revint sur cette interprétation. Il déclara que le critérium de la profession devait être recherché non dans la nature du produit vendu, mais bien dans le *mode d'exploitation du commerce*.

Il s'agissait dans cette affaire (*Syndicat patronal des pâtisseries de Clermont-Ferrand*, 5 mars 1926, *Leb.*, p. 255, D., 26-3-33), de pâtisseries-confiseurs qui réclamaient contre un arrêté du 31 octobre 1924, du préfet du département du Puy-de-Dôme, ordonnant la fermeture le mardi de chaque semaine aux boulangers-pâtisseries ainsi qu'aux pâtisseries-confiseurs. Ces derniers déclaraient que la loi du 29 décembre 1923, ordonnant la fermeture simultanée de tous les établissements au public ne peut englober plus d'une profession déterminée ; or, disaient-ils notre profession de pâtissier-confiseur est nettement différenciée de celle de boulanger-pâtissier et nous ne devons donc pas être englobés dans un arrêté intéressant ceux-ci. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il décidé « que la profession de pâtissier-confiseur, qui consiste non seulement à fabriquer et à vendre de la confiserie et de la pâtisserie, mais encore à exploiter des salons dans lesquels la clientèle vient consommer sur place est une profession distincte de celle de boulanger-pâtissier dans

laquelle ne se fait point de confiserie et qui a pour objet principal de pourvoir à l'approvisionnement en pain de la population, alors même que parmi les marchandises comprises dans le commerce de certains boulangers se trouve de la pâtisserie ». La même solution était donnée le 5 novembre 1926, par le Conseil d'Etat dans une affaire très voisine (*Sieur Villant, Leb.*, p. 943). Cet arrêt déclare que même si les boulangers et les pâtisseries vendent des croissants, ces deux professions n'en sont pas moins distinctes, et que le préfet en possession d'un accord entre les Syndicats patronaux et ouvriers des boulangers, ne peut l'étendre aux pâtisseries en tant qu'il comporte pour ceux-ci l'interdiction de vendre « des croissants » le jour de la fermeture des boulangeries. L'arrêt *Dujonquois et Lavoix* du 24 mars 1933 (D.H., p. 307) est dans le même sens. « Considérant que la profession de boucher hypographique, en raison tant du caractère de sa clientèle que des conditions de son fonctionnement, lequel comporte notamment un régime particulier d'approvisionnement et l'application de mesures spéciales au point de vue sanitaire, constitue une profession distincte de celle de boucher ». Il y a d'ailleurs un arrêt en sens contraire (Crim., 9 janvier 1926, *Gaz. Pal.*, 26-1-414). L'arrêt *Dujonquois* pouvant d'ailleurs être interprété en faveur des deux critères.

L'on trouve des séries d'arrêts se rapportant à des faits analogues, et dont les solutions prennent tantôt l'un, tantôt l'autre critérium. C'est ainsi que dans un arrêt le Conseil d'Etat oppose les brocanteurs et les marchands d'ameublement et que dans un autre il assimile les marchands forains et les marchands sédentaires. Et

pourtant, si l'on veut être juste, l'interdiction de vente devrait suivre les marchandises partout où elles se trouvent, de telle sorte que le patron d'un établissement vendant plusieurs sortes de marchandises devrait s'abstenir de vendre au jour fixé par l'arrêté, ces marchandises dont la vente est interdite. Car si l'arrêté préfectoral ne s'applique pas aux commerçants qui, tout en exerçant une profession différente vendent les produits visés par ses dispositions, il en résultera une concurrence plus ou moins déloyale, dont pâtiront ceux qui n'exercent qu'une seule variété de négoce. Cette solution a été admise par un arrêt très important du Conseil d'Etat (*Association commerçants de Charleville, Sieurs Liebaut et Philbert*, 27 mai 1927, *Leb.*, p. 628, S., 28-3-85 et note), qui déclare que par « intéressés » il faut entendre, non seulement les négociants qui se livrent exclusivement au commerce envisagé, mais aussi ceux qui l'exercent à titre accessoire. Cette solution est d'autant plus importante qu'elle met fin au dissentiment existant entre le Conseil d'Etat et la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Le Conseil d'Etat ayant tout d'abord jugé, comme nous l'avons vu (C.E., 15 janvier 1926), qu'il fallait suivre la nature du produit vendu, s'était trouvé là d'accord avec la Cour de cassation (1^{er} mai 1925, *Bull. Crim.*, n° 141 et 16 juillet 1925, S., 26-1-333). Mais le Conseil d'Etat abandonnant ce premier critérium déclara ensuite qu'il fallait se référer au mode d'exploitation (5 mars 1926). C'est cette dernière solution qui est infirmée par l'arrêt relaté, le Conseil d'Etat, adoptant la thèse que la fermeture prescrite s'étendrait à tous les établissements où la profession est exercée même ceux où elle n'est exercée qu'accessoirement. C'est ainsi que le Conseil d'Etat,

dans l'arrêt *Société Potin et Luce* (13 décembre 1929, *Leb.*, p. 118, D., 30-3-52 et note P. L.J.) pris sur les conclusions de M. Josse, commissaire du gouvernement, a continué à affirmer cette manière de voir ; décidant qu'il fallait « interdire d'une façon générale, afin d'éviter toute concurrence, la vente, le jour de cette fermeture, des articles faisant l'objet de la profession dont il s'agit, cette réglementation s'applique nécessairement à ceux qui exercent la profession à titre accessoire comme à titre principal ».

Ainsi donc l'on voit qu'il faut étendre la fermeture aux magasins vendant l'accessoire, les magasins de professions distinctes étant éliminés, comme il est naturel, de l'arrêté. Ainsi dans l'arrêt de la *Chambre Syndicale parisienne de la bijouterie et Ferret*, du 18 novembre 1932, *Leb.*, p. 975), le Conseil d'Etat a décidé que le préfet avait fait usage de son droit en n'assimilant pas aux établissements vendant au détail la bijouterie, l'horlogerie et la joaillerie, les commerçants en bimbeloterie, maroquiniers, courtiers en pierres précieuses.

Par conséquent extension aux magasins vendant l'accessoire, mais c'est ici que la différenciation devient difficile, car, à quel moment une profession deviendra-t-elle distincte d'une autre, et qui le déterminera ?

M. Rappeneau, dans sa thèse, voudrait, puisque les intéressés ont le droit de par l'art. 43 A. de décider des modes de repos qui leur seront applicables, qu'ils puissent également indiquer ce qu'ils entendent par « profession » ? Ces accords se faisant par régions, et étant valables pour celles-ci. Ils décideraient par exemple, que dans la région déterminée, et par suite des intérêts en présence les marchands d'ameublement et les brocanteurs ven-

dant des meubles seront groupés dans la même profession. La région voisine pouvant déclarer le contraire. Mais cela pourrait être dangereux s'il n'y a pas unanimité ou tout au moins une bonne majorité. M. Rappeneau conclut de la manière suivante « Le même arrêté préfectoral peut interdire la mise à la disposition du public de tous produits ou de tous services désignés dans une liste nominative dressée à la suite d'un accord régulier intervenu dans les conditions prévues par l'art. 43 A. entre les représentants qualifiés de tous ceux qui mettent ces produits ou services à la disposition du public ».

La jurisprudence, sur cette question de profession distincte ne donne pas de solution nette, elle statue sur des cas d'espèces. En résumé la profession est affaire d'appréciation des faits et de la cause.

§ 2

De la même région

Le régime trop uniforme de la loi de 1906 avait causé une partie de son insuccès, le législateur de 1923 a voulu laisser plus d'initiative aux intéressés, pour adapter la fermeture à leurs besoins, suivant les régions où ils demeurent. La région sera au maximum le département, car le préfet n'a pas compétence en dehors. La circulaire du Ministère du Travail la définissait ainsi (5 février 1924)¹ : « Quant à la région, l'étendue en sera très variable, elle pourra comprendre soit le département tout entier, soit une localité, soit un ou plusieurs quartiers d'une ville, toujours à la condition qu'il s'agisse

1. Bull. Off. Min. Trav., 1924, 2^e partie, p. 22.

d'établissements, faisant le même genre d'affaires et s'adressant à la même clientèle ».

Par conséquent l'art. 43 A. possède une très grande souplesse afin d'atteindre le champ de la concurrence. L'arrêt *Sieur Liebaut*, 27 mai 1927 (*Leb.*, p. 628), décide « qu'en l'absence d'une définition légale de la région, il appartient au préfet, sous le contrôle du juge, de déterminer le champ d'application de l'arrêté, en tenant compte notamment de la situation qui pourrait être faite aux commerçants contraints de fermer leurs établissements, par la concurrence d'établissements analogues restant ouverts ; qu'il résulte, en effet, des travaux préparatoires de la loi que le législateur a entendu assurer l'application du repos hebdomadaire en supprimant autant que possible la concurrence qui pourrait être faite aux commerçants visés par l'arrêté de fermeture ».

Il s'ensuit et cela cadre avec les intentions du législateur que la région déterminée par l'arrêté, est celle sur laquelle opèrent des commerçants en concurrence les uns avec les autres. Et « on comprend en effet que ce sont tous ceux-là et ceux-là seulement, qu'il est nécessaire de placer sous le même régime, quant à la fermeture pour le repos hebdomadaire ». Ce qui importe c'est de faire respecter l'égalité entre les intéressés. Le préfet déterminera donc, sous le contrôle du juge, la région en tenant compte de la concurrence et des établissements restant ouverts.

La région, comme l'indique la circulaire de 1924, peut d'ailleurs comprendre « un ou plusieurs quartiers d'une ville ». L'arrêt *Sieur Emery* (6 août 1926, *Leb.*, p. 876) décide qu'un arrêté préfectoral imposant la fermeture des pharmacies, peut en excepter deux qui

desservent un quartier limitrophe, parce que ces pharmacies ne peuvent, en raison de leur éloignement, faire concurrence aux autres officines de la ville.

Dans l'arrêt *Société Potin et Luce* (déjà cité) le préfet de Police avait fait une division de Paris, en deux secteurs, absolument arbitraire. En effet il ordonnait le dimanche la fermeture sur la rive droite du 8^e, d'une partie des 1^{re}, 2^e et 9^e et sur la rive gauche d'une infime partie du 7^e comprise entre les rues de Bellechasse et Bonaparte ; les établissements situés en dehors de ces limites, fermaient le lundi (sauf à ouvrir une heure et demi pour ceux préparant la fourniture aux écoles, hôpitaux, prisons). M. Josse dans ses conclusions, sous cet arrêt, déclarait : « ce qui domine, c'est votre souci de faire respecter l'égalité entre les intéressés. Il ne faut pas que le jeu de la loi de 1923 sous le couvert d'un accord décidé par la majorité, vienne fausser le jeu de la libre concurrence ». L'arrêté du préfet de Police a été annulé parce que les limites des secteurs étaient arbitraires, que la concurrence était possible, et qu'une dérogation accordée aux établissements appartenant aux secteurs où la vente était interdite le lundi aggravait encore l'inégalité de traitement de chacun des secteurs.

Mais l'arrêt *Renoux*, 20 février 1930 (*Leb.*, p. 200, D., 30-3-52) peut faire naître des doutes sur la validité de la création de plusieurs secteurs formant région dans une même ville. Il ne faut pas oublier qu'il y a interdépendance entre l'accord, la profession et la région ; et que la région est celle qui comporte des établissements de la profession dans lesquels les conditions de travail sont identiques. Dans l'arrêt *Renoux*, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté du préfet de la Haute-Saône, parce que

les boulangers visés par l'arrêté « sont exposés en raison de la distance peu importante qui sépare ce groupe des centres voisins, à subir de la part des établissements ouverts dans ces centres une notable concurrence ».

Un arrêté du préfet de la Haute-Garonne visant à Toulouse, la fermeture, le dimanche, des marchands de chaussures, mais en exceptant ceux qui vendent le dimanche sur la place du Capitole, a été annulé parce que « les commerçants soumis à cette prescription se trouvent dans l'espèce exposés à la concurrence des autres commerçants dont les magasins sont situés dans les quartiers limitrophes, lesquels conservent le droit de vendre des chaussures le dimanche, ainsi qu'à celle des étalagistes forains qui vendent des chaussures aux marchés qui se tiennent le dimanche sur la place du Capitole, laquelle est située à l'intérieur du périmètre mais sans être soumise à la prescription ainsi établie ; que dès lors, le syndicat requérant est fondé à soutenir que l'arrêté dont il s'agit a violé la loi du 29 décembre 1923 et porté atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » (*Syndicat des petits magasiniers en chaussures détaillants de Toulouse*, 23 décembre 1932, *Leb.*, p. 1139).

Mais une question se pose c'est celle de savoir comment dans une ville on distinguera différents secteurs où la concurrence sera impossible entre eux ?

Et l'on revient toujours à cette idée, qui domine toutes les décisions du Conseil d'Etat sur cette question, qu'il ne faut pas fausser le jeu de la concurrence, et qu'il faut que tous les intérêts soient placés sur un pied d'égalité. Le jour de la fermeture un détournement de clientèle ne doit pas être possible, soit par des établissements bénéficiant d'une dérogation abusive, soit par des établis-

sements laissés à tort en dehors du champ d'application de l'arrêté.

Cette question de la détermination de la région est d'ailleurs subordonnée à l'accord intersyndical que nous allons étudier. En effet c'est après que les intéressés se sont entendus que le préfet prend son arrêté sanctionnant l'accord. La désignation de la région appartient donc aux intéressés et non au préfet. Dans le cas d'instance en vue de la fermeture obligatoire, il appartient aux opposants d'articuler leurs griefs. Si les intéressés soutiennent que l'accord n'est pas valable pour leur région, ils peuvent obtenir raison.

C'est d'ailleurs au Conseil d'Etat qu'il appartiendra, en définitive, d'apprécier si la zone délimitée par l'arrêté du préfet correspond ou non à une « région ».

Section II

Comment les intéressés expriment-ils leur opinion ?

Majorité requise

Déjà par les décrets Millerand de 1889, puis par la loi du 23 avril 1919, une certaine initiative était laissée, à l'accord des parties, avant toute reconnaissance par l'autorité. La loi du 29 décembre 1923, sur notre sujet, donne à cette initiative un très grand rôle.

En effet, l'art. 43 A. débute par ces mots « Lorsqu'un accord sera intervenu entre les Syndicats patronaux et ouvriers d'une profession et d'une région déterminée. Il y a donc là une procédure toute nouvelle pour le repos hebdomadaire, l'initiative étant laissée aux intéressés, l'arrêté du préfet venant seulement sanctionner, alors

que précédemment avec l'art. 35 c'était le préfet qui prenait l'initiative après avis consultatif des Conseils municipaux, Chambres de Commerce et Syndicats patronaux et ouvriers.

Un accord supposant deux parties, celles-ci ont été mentionnées par l'art. 43 A. : il s'agit des représentants des patrons et ceux des salariés. En effet il était naturel que ce soient eux qui donnent leur avis sur la fermeture. L'accord doit intervenir entre syndicats, donc entre associations régulièrement constituées en vertu des lois du 21 mars 1884 et 12 mars 1920. Il ne peut s'agir ni des associations ordinaires ou religieuses, ni des sociétés civiles, ni des sociétés commerciales ; n'ont pas non plus à intervenir les assemblées politiques électives, ni les groupements divers institués par le législateur, ou le pouvoir réglementaire.

Mais si l'on étudie la jurisprudence, l'on voit qu'un grave différent surgit entre nos deux juridictions, la Cour de cassation décidant que les syndicats seuls sont les intéressés prévus par l'art. 43 A. (Cass. Crim., 31 mars 1926, *Richard*). Le Conseil déclarant que, pour être valable, il faut que la décision exprime l'opinion de la majorité des intéressés (1^{er} février 1929, *Chassagnard*). Et même, dit-il, les non syndiqués, les forains, ceux qui exercent le commerce à titre accessoire, doivent être consultés. C'est par conséquent une tendance marquée vers une sorte de référendum de tous les intéressés. Le Conseil d'Etat cherche donc, croyons-nous, et à juste raison, à restreindre le champ d'application de l'art. 43 A. car il sera toujours plus facile d'obtenir la majorité des syndicats, en en créant, au besoin de fictifs, que d'avoir la majorité parmi les individus exerçant la profession.

Afin de mieux comprendre cette question de l'accord et de la majorité qui est requise, nous croyons qu'il est utile d'exposer la première affaire, au sujet de laquelle ces questions ont été traitées. Après avoir vu la genèse de cette affaire, nous verrons quels sont les principes de nos juridictions, et nous essaierons d'en faire une analyse.

Ces questions ont été posées devant le Conseil d'Etat dans l'affaire *Sieur Bourgeois et autres* (27 mars 1925, *Leb.*, p. 336 ; S., 25-42), au sujet d'un accord intervenu entre pharmaciens.

Lorsque la loi du 29 décembre 1923 eut été promulguée, une campagne fut déclanchée par les préparateurs en pharmacie afin d'obtenir la fermeture obligatoire des pharmacies. Mais s'ils étaient unis dans le Syndicat des préparateurs en pharmacie, ils trouvaient en face d'eux trois syndicats patronaux de pharmaciens : La Chambre Syndicale de la Seine (le plus important groupant environ 1.200 membres), le Syndicat des Grandes Pharmacies de France et des Colonies et le Syndicat de la Pharmacie parisienne, ayant 300 adhérents à eux deux. Leurs pharmacies qui, en pratique, fermaient presque toutes régulièrement un jour par semaine, étaient, en théorie, contre la réglementation. Ils se réunirent avec les préparateurs et formèrent un comité intersyndical en vue de discuter sur les mesures à prendre. C'est alors que de nombreuses difficultés se firent jour, les syndicats n'arrivant pas à s'entendre. L'on eut l'idée d'organiser un référendum qui donnerait une opinion de l'ensemble. Les réponses donnèrent pour les pharmaciens des syndicats patronaux 889 avis favorables sur 1083 réponses, appartenant presque tous à la Chambre Syndicale des Pharmaciens de la Seine. A la suite de cette indication,

la Chambre Syndicale des Pharmaciens de la Seine et le Syndicat des Préparateurs en Pharmacie réunis en comité intersyndical, signèrent le 6 août 1924, un accord qui fut ratifié par un arrêté du préfet de Police du 5 septembre 1924.

C'est alors que les deux Syndicats dissidents, celui des Grandes Pharmacies de France et des Colonies et celui de la Pharmacie Parisienne formèrent un recours, contre cet arrêté, pour excès de pouvoir ; de plus certains laissèrent leurs pharmacies ouvertes, des poursuites furent engagées devant les tribunaux, arrivant par suite de pourvois jusque devant la Cour de cassation. Nos deux juridictions se trouvèrent donc saisies en même temps.

Le Conseil d'Etat commença par refuser d'admettre le moyen tiré de ce que la profession de pharmaciens ne serait pas un commerce :

« Considérant que les pharmaciens sont des commerçants expressément soumis à la législation sur le repos hebdomadaire et que si le diplôme de pharmaciens confère à son titulaire le droit de vendre des médicaments, il ne soustrait pas les pharmaciens à l'observation des lois et règlements de police qui régissent l'exercice de ce commerce ».

Sur le moyen tiré de ce que la loi du 29 décembre 1923 ne serait pas applicable aux pharmaciens parce que déjà bénéficiaires de la dérogation légale prévue en leur faveur par l'art. 38. Nous avons vu qu'il n'y avait pas lieu d'en tenir compte, car les dispositions de la loi sont applicables à tous les modes de repos hebdomadaire et ne comportent pas de distinction suivant que la profession visée bénéficie, ou non, d'une dérogation accordée de plein droit par l'art. 38 du Code de Travail. L'on voulait

également faire annuler l'arrêté sous prétexte que le préfet de Police avait créé un service de garde le dimanche, pour les pharmacies. Ce moyen, comme nous le verrons plus tard, n'a pas été retenu contrairement à l'avis de M. Berget, commissaire du gouvernement, car le Conseil d'Etat a déclaré, que la loi de 1923 « a entendu déroger dans les cas qu'elle détermine aux dispositions antérieures du Code du Travail qui seraient incompatibles avec son application ».

Le dernier moyen présenté par les requérants, était beaucoup plus sérieux, s'appuyant sur le fait que pour que les syndicats soient d'accord, il fallait l'unanimité.

Cette thèse fut soutenue par le Tribunal correctionnel de la Seine et reprise par le commissaire du gouvernement Berget. Tous les deux invoquant les mots « syndicats » pour démontrer qu'il fallait un accord entre tous les syndicats exerçant régulièrement à l'époque où l'arrêté était intervenu. C'est aussi l'avis de M. Pic dans sa note (D., 25-3-73), pour lui, en effet, cet arrêt du Conseil d'Etat remplace la conception libérale et individualiste des lois de la Révolution, par la conception socialiste, sacrifiant résolument l'individu à la collectivité organisée, et dans ce cas particulier, la théorie majoritaire renforçant, dit-il, fatalement les grands trusts.

Nous ne nous rangeons pas à l'opinion de ces éminentes personnalités ; nous croyons, en effet avec le Conseil d'Etat, que le législateur a entendu écarter la nécessité de l'adhésion unanime, de tous les Syndicats patronaux ou ouvriers, à la mesure proposée ; qu'en principe le préfet aura à apprécier, sous le contrôle du juge, si les syndicats signataires de l'accord représentent en fait, dans chaque catégorie, *la volonté du plus grand nombre*

des intéressés ainsi que l'a d'ailleurs indiqué le Ministre du Travail dans sa circulaire du 5 février 1924.

En effet il est toujours possible à quelques réfractaires de créer un syndicat et par cela même d'empêcher de réaliser l'accord. « Admettre la thèse des pharmaciens c'était toujours permettre à quelques récalcitrants de tenir en échec la bonne volonté du plus grand nombre, c'était en croyant satisfaire à la loi, la rendre inutilisable ». Le Conseil d'Etat décidant que la loi du 29 décembre 1923, a eu pour but d'empêcher que « l'opposition d'une minorité si faible soit-elle, ne mit en échec la volonté de l'immense majorité des intéressés ». Or comme la Chambre Syndicale des Pharmaciens représentait « l'opinion explicite du plus grand nombre des intéressés », le Conseil d'Etat a rejeté le moyen, comme il l'avait fait des trois précédents.

Il suffit donc au Conseil d'Etat que les syndicats signataires représentent la volonté du plus grand nombre des intéressés, interprétant d'ailleurs sur ce point la loi de 1923 qui parle non des intéressés mais des syndicats. Cela se comprend d'ailleurs car cette majorité des intéressés dégagera certainement mieux l'opinion des commerçants que ne le feraient des syndicats, fantômes créés à cette occasion. De plus, admettre le contraire serait donner aux syndicats le pouvoir de lier par leurs délibérations des non syndiqués, ce qui contredirait pratiquement la liberté pour chacun, d'entrer ou non dans un syndicat.

Il résulte de la jurisprudence suivie par le Conseil d'Etat sur cette question, qu'il ne faut pas que « l'opposition d'une minorité si faible soit-elle ne mette en échec la volonté de l'immense majorité des intéressés » et que

« l'accord intersyndical doit représenter la volonté du plus grand nombre des intéressés ».

Il pourra arriver d'ailleurs que les syndicats représenteront la volonté du plus grand nombre des intéressés, et la loi de 1923 sera ainsi intégralement respectée. Cette majorité, au sein des syndicats, sera difficile à déceler, car aucune loi ne leur fait obligation de dévoiler les noms de leurs membres. Le préfet devra donc s'informer, enquêter, afin de dégager cette opinion. Ainsi dans l'arrêt *Dony et Lemonier* (12 juin 1925, *Leb.*, p. 572), un accord avait été conclu entre les négociants confectonneurs tailleurs de Limoges : le préfet de la Haute-Vienne trouvant que l'accord intervenu ne dégagait pas nettement l'opinion du plus grand nombre des membres de la profession, fit une enquête d'où il résulta que 28 négociants en vêtements sur un nombre total de 54 avaient appuyé la demande de fermeture des établissements, au public, le dimanche. Le préfet ainsi que l'a conclu l'arrêt précité eut raison de donner satisfaction à la demande et ne fit que se conformer à la volonté du législateur qui édicta la loi du 29 décembre 1923.

D'autre part si le Conseil d'Etat subordonne la validité de l'accord à la « volonté du plus grand nombre des intéressés » peu importe que cet accord ait été conclu en dehors de certains syndicats, même sans consultation de certains intéressés, si l'opinion de ces derniers dût être, du fait de leur petit nombre, sans influence sur la majorité. L'arrêt du 13 décembre 1929 (*Potin* déjà cité) consacre cette solution. Un accord relatif à la fermeture des boucheries avait été conclu, entre les seuls syndicats patronaux et ouvriers de la boucherie. La fermeture hebdomadaire des boucheries, résultant de cet accord

s'appliquait à tous ceux qui exerçaient la profession, même à titre accessoire et pouvait être imposée aux rayons de boucherie des maisons d'alimentation. Mais disait-on, le syndicat de l'épicerie qui groupait ces maisons n'avait pas été partie à l'accord. Peu importe, déclara le Conseil d'Etat, étant donné le petit nombre de ces maisons (même solution dans l'arrêt *Renoux*, 20 février 1930, *Leb.*, p. 200).

Mais le procédé le plus sûr dont disposent les syndicats pour démontrer au préfet la régularité de l'accord qu'ils lui présentent est le référendum. Procédé, il est certain, non prévu explicitement ni par la loi, ni par la jurisprudence, bien que celle-ci, par sa formule de la « volonté du plus grand nombre des intéressés » le reconnaisse implicitement ; comme nous l'avons vu les pharmacies de la Seine dans la première espèce venant après la loi de 1923 ont employé ce procédé.

Certains disent que le référendum n'est pas nécessaire pour dégager une opinion dominante, et qu'il risque de jeter la confusion dans le débat plutôt que de favoriser les ententes. Et ajoute-t-on il est inapte à créer l'occasion d'un accord, tandis que le syndicat, au contraire, permet les ententes. Même s'il était utile, le législateur de 1923, dit-on, ne l'a pas reconnu et de par son emploi le vote collectif de l'art. 43 A. serait remplacé par le vote individuel, et l'accord intersyndical se présenterait comme une formalité postérieure.

Nous croyons et nous nous appuyons pour cela sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, illustrée par de nombreux arrêts, que la méthode de la consultation des intéressés est la seule qui puisse donner une opinion raisonnable des membres de la profession.

Le Conseil d'Etat a tout d'abord reconnu que la signature d'un syndicat groupant le plus grand nombre des intéressés suffit, et que trois ou quatre autres syndicats faméliques ne peuvent empêcher l'accord (*Rey*, 29 décembre 1926, *Leb.*, 1198). La Cour de cassation a même déclaré dans un cas analogue que les groupements non signataires peuvent n'être pas consultés (Cass., 29 octobre 1926, *Bull. crim.*, 26, p. 461).

Et même dans l'arrêt *Sieurs Dony et Lemonier* (déjà cité) le Conseil d'Etat a décidé que les non syndiqués, s'ils prouvent qu'ils sont la majorité, peuvent tenir en échec l'accord intersyndical en déclarant que s'ils avaient été consultés la décision aurait pu être modifiée.

Par conséquent notre juridiction administrative ne tient pas compte des syndicats par eux-mêmes, ils ne l'intéressent que dans la mesure où ils représentent « le plus grand nombre des intéressés ».

Mais de quelle majorité s'agit-il ? Rien dans la loi, ni dans la circulaire du 5 avril 1924, ne permet de le déterminer, c'est toujours ou le « plus grand nombre des intéressés » ou le « désir de la grande majorité des intéressés ». Donc pas de chiffres fixant un pourcentage inhérent à la validité de l'accord. MM. De Mun et Viviani avaient proposé un quorum, l'un des $\frac{2}{3}$, l'autre des $\frac{3}{4}$ ce qui tranchait peut-être d'une façon un peu trop fixe et ne permettait pas d'obtenir la souplesse contenue dans la formule du Conseil d'Etat, qui laisse aux préfets une grande liberté d'action, pour adopter ce qui convient le mieux à chaque profession.

En principe le préfet doit apprécier, sous le contrôle du juge, si les syndicats signataires de l'accord représentent, en fait, la volonté du plus grand nombre des inté-

ressés ; et, au cas où l'accord intervenu n'indique pas, d'une façon certaine, l'opinion de la majorité des membres de la profession, la consultation des syndiqués ou non syndiqués, devient obligatoire pour dégager cette opinion, (c'est ce qui a eu lieu dans l'affaire des pharmacies). Et par intéressés il faut entendre non seulement les négociants qui se livrent d'une façon exclusive au commerce envisagé, mais ceux qui l'exercent en même temps que d'autres commerces. (*Syndicat des marchands forains de Limoges*, 15 janvier 1926, *Leb.*, p. 47). En effet les intérêts en présence ne sont pas toujours identiques, d'un établissement à l'autre, au sein de la même profession. Or lorsqu'il s'agit d'établissements mixtes, nous avons vu que la fermeture s'étendait du principal à l'accessoire, par conséquent, ces derniers doivent être consultés au même titre que les premiers. C'est ainsi que dans l'arrêt *Sieur Richard-Léfranc et autres* (20 mars 1926, 1^{re} espèce, *Leb.*, p. 320) le préfet du Vaucluse avait prescrit, à Avignon, la fermeture au public pendant la journée du lundi des boucheries, charcuteries et triperies, et avait interdit le même jour la vente de la viande de boucherie et de la charcuterie dans tous les magasins de gros ou de détail ; mais il n'avait pas consulté les épiciers qui vendent accessoirement de la charcuterie et de la salaison et leur opinion, à raison de leur nombre, était susceptible de modifier la décision adoptée par le Syndicat des bouchers et charcutiers. Le Conseil d'Etat décida par suite, que l'arrêté préfectoral manquait de base légale, ayant été pris « sans que la volonté de la majorité des commerçants exerçant ladite profession ait pu être dégagée ».

Une décision analogue a été rendue au sujet de la fer-

meture des boulangeries le dimanche, l'accord intervenu entre le Syndicat patronal et le Syndicat ouvrier de la boulangerie ne pouvant réglementer la profession distincte de la pâtisserie sans l'accord de ceux-ci (*Sieur Villant*, 5 novembre 1926, *Leb.*, p. 943). Le Conseil d'Etat le 29 juin 1927 (*Syndicat des commerçants en œufs* etc., *Leb.*, p. 734) déclare que :

« L'accord intersyndical servant de base à l'arrêté préfectoral doit, pour être valable, représenter la volonté du plus grand nombre des intéressés, que ceux-ci exercent la profession à titre principal ou à titre accessoire ; qu'il résulte de l'instruction que les commerçants qui vendent accessoirement de la charcuterie et des viandes de boucherie n'ont pas été consultés ; qu'à raison de leur nombre, leur opinion était susceptible de modifier la décision adoptée par les Syndicats des bouchers et des charcutiers ».

D'autres décisions déclarent par ailleurs que les établissements vendant à titre accessoire des produits peuvent ne pas être légalement consultés ; c'est la solution donnée dans l'affaire *Société Potin et Luce* (déjà citée), le petit nombre des maisons d'alimentation générale ayant un rayon de boucherie, ne faisant pas obstacle à ce que le préfet de Police considérât les accords intervenus entre les Syndicats patronaux et ouvriers de la boucherie, comme représentant le plus grand nombre des intéressés (même solution, 20 février 1930, *Renoux*, *Leb.*, p. 200 ; 25 mai 1932, *Romoli*, *Leb.*, p. 509).

L'on voit donc que l'extension de l'arrêté préfectoral n'a pas lieu automatiquement, au profit de l'établissement vendant des marchandises analogues à celles qui sont vendues dans les magasins visés par l'arrêté : « Elle

reste subordonnée à l'observation de cette règle primordiale que l'accord intersyndical doit représenter la volonté du plus grand nombre des intéressés et par intéressés, il faut entendre aussi bien ceux qui se livrent exclusivement au commerce visé que ceux qui l'exercent avec d'autres négoce ».

Si après avoir essayé de dégager les règles fixées par la jurisprudence au sujet des conditions de fond, nous essayons de faire la même chose pour les conditions de forme, nous nous heurtons toujours au fait que rien n'a été prévu à ce sujet à l'art. 43 A. Il n'est même pas nécessaire que ce soit un écrit : d'une part les règles du droit civil ne lui sont pas applicables, d'autre part si le Code du Travail dans lequel est inséré l'art. 43 A. prévoit bien un document écrit en cas de convention collective de travail, celle-ci ne peut être assimilée à l'accord intervenu en application de l'art. 43 A. D'ailleurs la plupart du temps il y aura un écrit puisque il faut aviser le préfet ; ce pourra être un acte sous-seing privé ou un acte authentique.

L'on voit donc qu'il n'y a pas de formes sacramentelles à observer. S'il est établi, d'une part, que les syndicats ont été appelés à formuler leur avis, d'autre part que cet avis, consigné dans l'accord intersyndical intervenu entre les organisations patronales et ouvrières a été porté à la connaissance du préfet, il n'est nullement indispensable que la demande de fermeture soit présentée dans un acte distinct de l'accord syndical. Peut-être est-il préférable qu'il en soit ainsi, afin d'éviter toute contestation et faire disparaître toute équivoque ; mais il serait excessif d'exiger ce dédoublement (arrêt *Sieur Richard-Lefranc et autres*, 20 mars 1926, *Leb.*, 320).

Pour terminer, notons que si la validité des arrêts est subordonnée à la contestation de l'adhésion du plus grand nombre des intéressés à la mesure de fermeture, elle suppose pour être efficace, qu'il n'y aura pas un écart de temps trop considérable entre la date de l'accomplissement de la formalité légale préalable et la date de la décision administrative à intervenir. Dans l'affaire du *Syndicat des patrons charcutiers de Saint-Servan, Paramé, Saint-Malo* (12 mars 1931, *Leb.*, p. 283), un laps de temps de trois ans s'était écoulé entre la délibération du syndicat et l'arrêté du préfet, celui-ci fut annulé parce que « la condition de validité ainsi exigée par la loi suppose nécessairement pour être efficace, qu'il n'y ait pas un écart de temps trop considérable entre la date d'accomplissement de la formalité légale et la date de la décision administrative à intervenir, ... qu'il résulte de l'instruction que la délibération du Syndicat des bouchers, charcutiers ne compromet pas d'ailleurs la grande majorité des intéressés à la date du 29 novembre 1926, qui a servi de base à l'arrêté préfectoral d'Ille-et-Vilaine qui est antérieure de près de trois ans à la publication dudit arrêté ».

Section III

Demande de fermeture

Lorsque les Syndicats patronaux et ouvriers se sont mis d'accord sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire sera donné par l'art. 43 A., ils doivent demander au préfet d'ordonner la fermeture au public des établissements de la région et de la profession, pendant toute la durée de ce repos.

Cette demande explicitement prévue est nécessaire, c'est elle qui saisit l'autorité administrative.

L'accord seul est insuffisant, la demande étant une phase distincte de la procédure. L'arrêté préfectoral qui serait pris sur le vu de l'accord, serait entaché de nullité, parce que l'accord seul n'impliquerait pas que ses signataires désirent lier les intéressés par la fermeture obligatoire et, par les conséquences et les sanctions qu'elle comporte.

Mais une autre question s'est posée en jurisprudence, la demande d'arrêté de fermeture pourra-t-elle être formulée au moment où intervient l'accord, sur le document même contenant celui-ci ? L'affaire *Sieur Richard-Lefranc et autres* déjà citée a été rendue sur ce cas, l'arrêté du 27 février 1925, rendu par le préfet de Vaucluse a décidé, se référant à l'art. 43 A., « qu'aucune disposition de ce texte n'exige que la demande susvisée des syndicats soit présentée dans un acte distinct de l'accord syndical ». En effet si on peut établir, comme ce fut le cas, que les syndicats ont été appelés à formuler leur avis, et que cet avis étant consigné dans l'accord inter-syndical intervenu entre les organisations patronales et ouvrières, a été porté à la connaissance du préfet, cela suffit et la demande distincte de l'accord syndical n'est pas indispensable. Cela serait cependant mieux, et supprimerait toute équivoque. Enfin la demande doit être conforme à l'accord ; ainsi dans l'affaire *Pachet, Chaperon et autres* (12 juin 1925, *Leb.*, p. 574) le préfet de la Haute-Vienne avait été saisi à la date du 5 avril 1924, d'un accord passé entre les Syndicats des patrons et le Syndicat des ouvriers coiffeurs de Poitiers, cet accord stipulant que le repos hebdomadaire serait donné suivant

deux modes différents dans les établissements coiffeurs de la ville, divisés à cet effet en deux secteurs. Le préfet ordonna la fermeture totale au public, des établissements de coiffeurs de la ville de Poitiers pendant la journée du dimanche. A la suite d'un recours des patrons coiffeurs de la ville, le Conseil d'Etat décida « que sans examiner si l'accord dans les termes où il avait été conclu, pouvait être ratifié par le préfet, celui-ci ne pouvait en tout cas prescrire la fermeture au public de tous les établissements de coiffeurs pendant la journée du dimanche, *cette mesure n'ayant pas fait l'objet de l'accord intervenu* ».

Une discordance entre ces deux actes ne permettrait donc pas au préfet de statuer sauf dans le cas où elle pouvait être couverte par une interprétation. Pour éviter toute difficulté, il est bon que la demande renvoie purement et simplement à l'accord, ou reproduise textuellement ses termes.

CHAPITRE II

ARRÊTÉ PRÉFECTORAL

Section I

Rôle du préfet

L'art. 43 A. dit que « lorsqu'un accord sera intervenu le préfet *pourra* par arrêté, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession et de la région pendant toute la durée de ce repos ».

L'on voit que le préfet est saisi d'une demande à la suite de l'accord intersyndical, demande qui a les caractères que nous avons vus précédemment. Quel est alors le rôle du préfet en cette circonstance ?

L'initiative de l'accord, ainsi que nous l'avons traité, *supra*, est laissée aux intéressés, le préfet n'intervient que pour le sanctionner. Mais il ne faut pas croire que son rôle est uniquement passif. En effet, c'est lui qui apprécie l'opportunité de la mesure envisagée et statue sur la demande qui lui est faite ; cela parce que le législateur a spécifié que le préfet *pourra* ordonner la fermeture. C'est donc qu'on a voulu lui laisser un large pouvoir

d'appréciation, pour lui permettre de vérifier la régularité de l'accord et pour qu'il tienne compte de l'intérêt du public. Le rôle capital du préfet est d'apprécier l'opportunité de la mesure envisagée. Différents facteurs peuvent être considérés. Ce peuvent être des difficultés d'ordre politique qui ne sont pas décisives et dont l'examen est en dehors de cette étude. On peut rencontrer aussi des facteurs d'ordre économique, se demander, par exemple, si la fermeture n'augmente pas le coût des denrées. Or les bouchers ont maintes fois reconnu que la fermeture n'influe pas plus sur l'offre que sur la demande. Mais la question la plus grave consiste à savoir si la fermeture au public aura pour effet de créer des inégalités d'ordre économique entre les divers établissements. Il faut qu'aucune condition de l'accord ne vienne rompre, parmi les intéressés, l'égalité, que la loi n'a jamais eu l'intention de faire fléchir au profit des uns ou des autres, puisqu'au contraire la fermeture est une mesure d'égalité et de justice. Le Conseil d'Etat dans de nombreuses circonstances n'a pas hésité à annuler les arrêtés qui créent des inégalités économiques. Ainsi dans l'arrêt *Lemeland et Pozzi*, 10 juillet 1925 (*Leb.*, p. 674) il décide qu'un arrêté peut prévoir dans les limites de l'accord intervenu, l'organisation le jour de la fermeture d'un service de garde, entre toutes les pharmacies y donnant volontairement leur adhésion, mais « qu'en fait la désignation permanente de cette pharmacie crée une inégalité entre ses propriétaires et les autres pharmaciens de la ville de Troyes qui ne veulent pas assumer la responsabilité et les charges, notamment financières, pouvant résulter de la co-propriété de cette pharmacie, et qui sont illégalement privés du droit d'assumer à tour de rôle, ainsi

qu'ils le désirent, le service de garde dans leur propre officine ».

Mais la simple gêne aux particuliers n'est pas suffisante d'après l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 43 A. Car il ne faut pas oublier, comme nous l'avons noté dans notre première partie, que l'art. 34 du livre II du Code du Travail permettait, au contraire, si le repos collectif du dimanche était susceptible de nuire aux consommateurs ou à l'exploitant, d'adopter un autre mode de repos. Le Conseil d'Etat dans un arrêt du 17 juillet 1925 (*Syndicat des commerçants du marché aux puces de Bagnolet, Leb.*, p. 695) a décidé que lorsqu'il s'agit de l'application de la loi du 29 décembre 1923 le préfet n'a pas à examiner si la fermeture simultanée des établissements visés est préjudiciable au public ou compromet le fonctionnement normal desdits établissements, parce qu'« aucune disposition de ce genre ne se trouve dans la loi du 29 décembre 1923 qui constitue ainsi qu'il a été indiqué précédemment une législation distincte reposant sur des principes différents » (arrêt dans le même sens, 23 mai 1928, *Société Le Bras, Leb.*, p. 674).

Cette non immixtion est écartée lorsqu'il s'agit de services qui ne peuvent être différés sans inconvénient grave. Car il est certains besoins du public qui doivent être satisfaits à tout moment. Par exemple le public doit pouvoir se procurer des médicaments à tout instant pour les cas urgents. L'arrêté de fermeture de pharmacies doit prévoir cette éventualité ; le préfet ne fait qu'user là de ses pouvoirs de police. Ces pouvoirs ne se justifiant que par des considérations d'équité et d'ordre public, ils sont limités ; le préfet ne pourra modifier un accord régulier, ni prendre un arrêté n'en respectant

pas les dispositions. Un arrêt du 12 juin 1925 (déjà cité) le reconnaît formellement. Plus près de nous dans l'affaire d'*Annecy* (9 février 1934, D.H., p. 186) le Conseil d'Etat a déclaré illégal, parce qu'entaché d'excès de pouvoir, l'arrêté du 1^{er} janvier 1932 du préfet de la Haute-Savoie, modifiant son arrêté du 20 décembre 1924 sur la fermeture des boulangeries d'Annecy et cela sans que soit intervenu un nouvel accord intersyndical. Le préfet doit s'en tenir à l'accord et rien qu'à lui.

L'on sait que l'art. 43 A. accorde aux préfets le droit de prendre, conformément à l'entente des Syndicats patronaux et ouvriers de la profession, un arrêté « ordonnant la fermeture au public des établissements de la profession et de la région pendant toute la durée du repos hebdomadaire ». On pourrait penser que si cet accord était fait pour une durée plus courte, le préfet ne pourrait pas l'entériner. Il n'en n'est rien et dans l'affaire du *Sieur Rey* (29 décembre 1926, *Leb.*, p. 1198) le Conseil d'Etat s'est rangé à l'opinion contraire et consacre dans cette hypothèse, le droit, pour le préfet, de prendre un arrêté conforme à l'accord intersyndical. Dans le cas envisagé, les épiciers de la région lyonnaise avaient formulé la demande que la mesure prise ne fut appliquée que pendant l'après-midi du dimanche, le préfet du Rhône y souscrivit dans son arrêté du 29 juillet 1926, par là il s'est borné à assurer l'exécution de l'accord syndical et n'a nullement violé l'art. 43 A.

En définitive, le préfet, avant de statuer, doit d'une part procéder à des vérifications d'ordre matériel, et d'autre part apprécier la valeur et la portée de l'accord intersyndical. Après avoir réuni les éléments qui lui permettent de se prononcer le préfet statue. Il peut rejeter

la demande, ce rejet peut ne pas être motivé. Il peut aussi surseoir à statuer. Il peut enfin statuer par un arrêté de fermeture ; cet arrêté de fermeture doit viser l'art. 43 A., la demande et l'accord intersyndical.

Section II

Contenu de l'arrêté

Les arrêtés préfectoraux pris en application de l'art. 43 A. prescrivent la fermeture au public. Mais cette fermeture doit-elle être simultanée, le même jour dans la même ville ?

Dans l'affaire *Société Potin et Luce* (13 décembre 1926, *Leb.*, p. 1118, D., 30-3-52, note P.L. J.) sur les conclusions de M. Josse, commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat s'est prononcé par la négative. M. Josse disant que le « principe est la fermeture *simultanée* des établissements de la profession et de la région. Toute dérogation est une atteinte à la libre concurrence. Seule, l'interdiction absolue de toute vente le même jour, pendant toute la durée du repos, respecte les droits et les intérêts des représentants d'une même profession ». Mais le Conseil d'Etat a fait une réserve extrêmement importante, qui a d'ailleurs entraîné l'annulation de l'arrêt : le préfet en prenant son arrêté ne peut sanctionner aucune clause créant une inégalité entre les divers intéressés.

M. le commissaire du gouvernement Berget, dans l'arrêt du 27 mars 1925, avait déclaré que l'interdiction absolue de toute vente, le même jour, pendant toute la durée du repos, respectait seule les droits et les intérêts

des représentants d'une même profession, et qu'un roulement entre les établissements, alors que la loi sur le repos hebdomadaire n'a prévu la possibilité d'un roulement qu'entre les employés d'un même établissement, n'était pas légale.

Mais le Conseil d'Etat s'est prononcé en sens contraire de ces conclusions, et différentes conditions de légalité à ces dérogations ont été proposées par la jurisprudence. Tout d'abord, comme nous l'avons vu précédemment, l'arrêté du préfet doit avoir pour but d'assurer l'exécution de l'accord dans l'intérêt du public, par conséquent il doit avoir été passé entre la majorité des intéressés et nous savons ce qu'il faut entendre par cette expression (voir 27 mars 1925).

En outre ces exceptions ne doivent pas créer des inégalités entre les intéressés, ou leur imposer des charges particulières, pour rétablir l'égalité. C'est ainsi qu'est entachée d'excès de pouvoir la disposition d'un arrêté portant que le service de garde doit être assuré chaque dimanche, par une même pharmacie, qui est la propriété collective d'un certain nombre de pharmaciens de la ville ayant pris divers engagements pour garantir son fonctionnement; la désignation permanente de cette pharmacie, créée, en effet, une inégalité entre ses propriétaires et les autres pharmaciens (*Lemeland et Pozzi*, 10 juillet 1925, *Leb.*, p. 674). Le Conseil d'Etat s'exprime en ces termes :

Considérant qu'en fait, la désignation permanente de cette pharmacie crée une inégalité entre ses propriétaires et les autres pharmaciens de la ville de Troyes qui ne veulent pas assumer la responsabilité et les charges, notamment financières, pouvant résulter de la co-pro-

priété de cette pharmacie, et qui sont illégalement privés du droit d'assurer à tour de rôle, ainsi qu'ils le désirent, le service de garde de leur propre officine ».

Enfin une dernière condition a été retenue par la jurisprudence et celle-là revient sans cesse lorsqu'il s'agit de l'application du repos hebdomadaire. Il ne faut pas qu'il y ait concurrence possible entre les établissements fermés et ceux qui sont maintenus ouverts : « ce qui domine, en dehors de l'idée que les dérogations sont exceptionnelles, puisqu'un intérêt public est exigé, et qu'elles doivent être prévues dans l'accord, c'est le souci de faire respecter la légalité entre les intéressés : il ne faut pas que le jeu de la loi du 29 décembre 1923, sous le couvert d'un accord décidé par la majorité, vienne fausser la libre concurrence ».

Dans l'arrêt *Société Potin et Luce* (déjà cité) tous ces principes sont appliqués.

Le préfet de Police par de nombreux arrêtés avait ordonné la fermeture des boucheries et des rayons de boucherie dans les maisons d'alimentation en possédant. Deux jours de fermeture avaient été prévus, correspondant à une division en deux secteurs de la Ville de Paris. La fermeture avait lieu, le dimanche dans le secteur comprenant le 8^e, une partie des 1^{er}, 2^e et 9^e et sur la rive gauche la petite portion du 7^e comprise entre les rues Bonaparte et de Bellechasse. Les établissements non compris dans ce secteur fermaient le lundi. Le Syndicat de l'épicerie française et la Société Félix Potin et Luce ont demandé l'annulation, déclarant que la division était illégale et portait atteinte à la libre concurrence, les boucheries ouvertes le dimanche prenant ce jour-là la clientèle des établissements, compris dans le secteur de fermeture, et obligés à celle-ci.

Par ailleurs, une autre atteinte à la libre concurrence existait du fait que les bouchers du second secteur, fermant le lundi, avaient la possibilité de laisser ouvert pendant 1 heure 1/2 le lundi matin, afin d'assurer la livraison destinée aux établissements publics : écoles, hôpitaux. Et, disaient les requérants, rien n'est plus facile que d'assurer en même temps la livraison à la clientèle particulière.

Le Conseil a admis cette thèse et a déclaré que cette division en deux secteurs était absolument arbitraire, et que les ventes du dimanche et celles du lundi n'étaient pas équivalentes ; que par suite l'équilibre n'était pas réalisé entre les établissements fermés le dimanche et ceux fermés le lundi. L'on voit que « les conditions exigées par la jurisprudence du Conseil d'Etat pour légitimer, en faveur des établissements de certains quartiers, l'adoption d'un jour de fermeture autre que celui imposé dans l'ensemble de la ville sont telles qu'il paraît difficile qu'elles puissent se trouver remplies, sauf dans quelques cas exceptionnels ». En dehors de l'organisation, dont nous aurons à reparler bientôt, et qu'est le service de garde pour les pharmacies, on ne voit pas bien l'organisation susceptible d'être reconnue légale, à moins que l'on ne puisse distinguer, dans une ville, plusieurs régions, comportant chacune un jour de fermeture différent.

Les arrêtés préfectoraux visent la fermeture au public à l'exclusion de toute autre disposition. Pour que l'art. 43 A. soit applicable, il faut que l'ouverture au public soit possible. Il n'y a d'ailleurs pas de critérium, c'est une question de fait ; on entend par ouverture au public, le fait que les marchandises soient étalées ou rangées ; que les services soient sollicités, que la clientèle

éventuelle comprenne l'ensemble des consommateurs.

Nous savons déjà que cet arrêté ordonne la fermeture au public des « établissements de la profession » qu'ils occupent, ou non, du personnel, qu'ils soient partisans ou adversaires de la fermeture, qu'ils accordent, ou non, le repos hebdomadaire pendant une autre période que celle de la fermeture. Les établissements de la profession doivent être aussi « d'une région déterminée » et nous avons vu également comment la jurisprudence du Conseil d'Etat avait déterminé celle-ci.

Examinons maintenant quelles sont les dispositions que peuvent contenir l'accord et l'arrêté de fermeture. Il n'est pas possible de prévoir, dans l'accord, que le repos sera donné par roulement, car l'arrêté préfectoral, prescrivant la fermeture, ne pourrait le sanctionner, la faculté de donner le repos par roulement impliquant la possibilité de donner le repos à chaque ouvrier ou employé, à tour de rôle, un jour quelconque de la semaine. Dans ces conditions il n'est pas possible de prévoir aux accords les régimes de l'art. 34 § 1, D., 38, 43, ni celui de la partie finale de l'art. 42 du livre II du Code du Travail. Seuls, en définitive les modes de repos suivants sont possibles : le dimanche toute la journée, un autre jour que le dimanche, du dimanche midi au lundi midi, le dimanche après-midi.

Il peut y avoir des exceptions permanentes, la fermeture pouvant valablement être prescrite pour certaines périodes de l'année seulement. Pendant les périodes au cours desquelles l'arrêté ne sera pas applicable, le personnel devra bénéficier du repos hebdomadaire dans les conditions habituelles. Ces périodes peuvent comprendre une partie, plus ou moins longue de

l'année, déterminée à l'avance, mais il ne semble pas y avoir d'objections de droit à ce qu'elles ne comprennent qu'une ou plusieurs journées mobiles au cours de l'année.

Il est admis que l'art. 43 A. s'applique, indépendamment de tous les autres articles, sur le repos hebdomadaire le précédant. De là on pourrait admettre que l'arrêté de fermeture annule toutes les autorisations antérieures ; mais l'arrêt *Pachet, Chaperon et autres* du 12 juin 1925 (*Leb.*, p. 574) paraît exiger un arrêté spécial de retrait, effectué après qu'une instruction préalable conforme à celle prescrite pour les demandes de dérogations, par l'art. 35 du livre II du Code de Travail, ait été régulièrement effectuée.

La Cour de cassation dans un arrêt du 10 novembre 1927 paraît admettre la possibilité d'autorisation de dérogations accordées, en vertu de l'art. 35, et se superposant aux prescriptions d'un arrêté de fermeture postérieurement à celui-ci.

On se demande alors comment on peut concilier l'art. 35, l'art. 43 A. et les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

A notre avis il serait préférable de déclarer que l'arrêté de fermeture pris en vertu de l'art. 43 A. annule d'office toutes autorisations ou dispositions qui lui seraient contradictoires.

Sauf les règles admises plus haut sur sa non application à certaines périodes, et celles que la jurisprudence du Conseil d'Etat, que nous allons examiner, a créées à propos d'un service d'utilité publique, l'arrêté préfectoral ne peut prévoir aucune dérogation.

Service de garde. — Nous savons que le but de la loi de 1923 est d'assurer le contrôle du repos hebdomadaire par la fermeture, à tel jour, de tous les établissements de telle profession. Mais il ne faut pas ainsi que nous l'avons vu plus haut, que l'accord intersyndical crée des inégalités, plus ou moins marquées, entre les concurrents ; avec cette question des inégalités il ne faut pas confondre celle des exceptions et limitations en faveur du public. En effet la fermeture totale simultanée peut présenter pour certains établissements de très graves inconvénients.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a déclaré qu'il était possible que quelques uns des établissements visés restent ouverts par exception, dans des conditions déterminées d'avance, par l'accord et par l'arrêté. C'est le cas des pharmacies. Il est naturel que l'on puisse se fournir en médicaments le dimanche comme les autres jours de la semaine ; et pour ce faire, l'établissement d'un service de garde par roulement est le moyen le plus simple. D'ailleurs dans le cas très voisin des hôpitaux, un système analogue fonctionne, un service de garde étant assuré par les internes chaque dimanche.

Mais la loi de 1923 permet-elle cette organisation ?

N'y a-t-il pas excès de pouvoir ? Le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la possibilité de la création, déclarant que la loi n'exclut, ni par son texte, ni par son esprit, le droit d'organiser ce service qui s'impose particulièrement dans l'intérêt de la santé publique.

Il nous paraît intéressant de donner la décision du Conseil d'Etat sous l'arrêt *Syndicat des Grandes Pharmacies de France et des Colonies*, 27 mars 1925 (*Leb.*, p. 336).

« Considérant, d'une part, que la loi du 29 décembre 1923 qui a entendu déroger dans les cas qu'elle détermine aux dispositions antérieures du Code de Travail qui seraient incompatibles avec son application n'exclut, ni par son texte, ni dans son esprit, le droit pour le préfet d'autoriser dans les limites de l'accord intervenu et si un intérêt du public l'exige, l'organisation d'un service de garde ; qu'une telle exception s'impose particulièrement dans l'intérêt de la santé publique, à l'égard des pharmaciens, qu'en prévoyant l'ouverture à tour de rôle, le dimanche, d'un certain nombre de pharmacies, ainsi que d'ailleurs, l'apposition sur la devanture des pharmacies fermées d'un écriteau indiquant les noms et adresses des collègues assurant ce service de garde, le préfet n'a fait qu'user de ses pouvoirs de police pour prendre comme c'était son devoir, les mesures indispensables dans l'intérêt de la santé publique ; qu'à cet effet il s'est borné à prendre acte d'engagements qui constituaient les conditions fondamentales de l'accord intervenu et d'après lesquelles la Chambre Syndicale des Pharmaciens de la Seine assurerait l'exécution de ces clauses avec le concours de tous les pharmaciens qui y donneraient leur adhésion volontairement ; qu'ainsi ces dispositions ne sauraient être regardées comme portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et comme créant une inégalité entre les intéressés ».

Il s'agit donc des mêmes conditions de fond et de forme que pour les autres dispositions de l'arrêté.

D'autre part, concernant le même arrêt du 27 mars 1925, les requérants invoquant le fait que l'arrêté du préfet confiait à la Chambre Syndicale des Pharmaciens de la Seine le soin de préparer le tableau de roulement pour

le service de garde, déclaraient qu'il y avait délégation d'une partie des pouvoirs de la puissance publique, et par conséquent excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a décidé « que si l'art. 2 de l'arrêté du 5 septembre 1925, confie à la Chambre Syndicale des Pharmaciens de la Seine le soin de préparer l'établissement de ce tableau de roulement, il réserve au préfet son droit de contrôle et d'approbation ; que dans ces conditions les requérants ne sont pas fondés à prétendre que le préfet aurait illégalement délégué une partie des pouvoirs de la puissance publique » et l'arrêt se termine, le Conseil décidant « que de tout ce qui précède, il résulte que le préfet n'a pas excédé la limite des pouvoirs qu'il tient tant de la loi du 29 décembre 1923, que de la législation générale, et que l'arrêté attaqué n'a fait que concilier les intérêts du public et les droits des commerçants et ouvriers » (même solution, 17 juillet 1925, *Marzuder et de Brux, Leb.*, p. 697 ; *Sieur Bouchard*, 6 août 1926, 1^{re} espèce, *Sieur Dostau et autres*, 6 août 1926, 3^e espèce).

Les principes qui se dégagent de ces arrêts ont été appliqués dans différentes affaires par le Conseil d'Etat. C'est ainsi que dans l'arrêt *Lemeland et Pozzi* (10 juillet 1925, *Leb.*, p. 674), la disposition d'un arrêté du préfet de l'Aube, portant que le service de garde à Troyes est assuré, chaque dimanche, par une même pharmacie, qui est la propriété collective d'un certain nombre de pharmaciens de la ville ayant pris divers engagements pour garantir son fonctionnement, est entachée d'excès de pouvoir, la désignation permanente de cette pharmacie créant, en effet, une inégalité entre ses propriétaires et les autres pharmaciens.

Le Conseil d'Etat a également admis que le préfet

pouvait légalement charger du service de garde, à titre permanent conformément à l'accord intersyndical, une pharmacie dite de « nuit et du dimanche » antérieurement créée par les pharmaciens de la ville (*Sieur Emery*, 6 août 1926, 2^e espèce).

Pour justifier en droit les dérogations, on met en avant les « pouvoirs de police du préfet » mais il n'apparaît pas que ceux-ci puissent aller à l'encontre des dispositions d'une loi existante ; pour cela il faudrait prévoir dans l'art. 43 A. la possibilité d'organiser un service de garde quand l'intérêt du public l'exigerait.

Le Conseil d'Etat, comme nous l'avons vu, fait une très grande part aux circonstances de fait et cela lui permet d'avoir une jurisprudence plus souple, s'adaptant mieux aux nécessités du moment.

En résumé, si donc l'intérêt du public l'exige, les syndicats pourront admettre l'ouverture, à des conditions déterminées, de certains établissements, au jour choisi pour la clôture hebdomadaire. Lorsque l'intérêt du public l'exigera, un service de garde pourra être organisé le dimanche, soit à tour de rôle par toutes les pharmacies d'une ville, un certain nombre restant ouvertes et étant indiquées par avis affiché à la devanture de toutes les autres, soit par deux officines déterminées ne faisant pas concurrence aux autres pendant la semaine.

Enfin on peut conclure en généralisant : considérant l'intérêt du public qui demande que les magasins soient ouverts le plus longtemps possible, que l'accord peut convenir et que le préfet peut ordonner pour tous les établissements de telle profession la fermeture pendant une partie seulement de la journée choisie pour le repos hebdomadaire (29 décembre 1926, déjà cité).

Section III

Nature du recours

La loi garde le silence au sujet des recours contre les arrêtés pris à la suite des accords intersyndicaux. Il faut donc rechercher la solution dans le droit commun.

Les intéressés, malgré le silence de la loi de 1923 ont toujours le droit de porter devant le Conseil d'Etat l'arrêté du préfet, au moyen du recours pour excès de pouvoir, car celui-ci est un recours général contre toute décision administrative.

L'on peut tout d'abord noter que ce recours, au contraire de celui se rapportant à la loi du 13 juillet 1906, n'est pas suspensif. Cela se comprend d'ailleurs très bien car ce caractère est tout à fait exceptionnel et doit faire partie intégrante de la loi. D'ailleurs les circulaires des 22 septembre 1924 et 27 novembre 1924 l'ont, pour plus de sûreté, bien fait remarquer.

Les causes d'ouverture sont les mêmes qu'à l'ordinaire (incompétence, vice de forme, violation de la règle de droit, détournement de pouvoir).

C'est ainsi que, comme nous l'avons vu, il n'y a pas violation de la règle de droit, parce que l'arrêté de fermeture apporte une gêne dans les usages de la clientèle d'un fonds, ou parce qu'il y a une atteinte au fonctionnement de celui-ci. En effet la procédure des art. 35 et 37 n'est prévue que dans le cas où il s'agit de dérogations à l'obligation du repos hebdomadaire au jour déterminé par la loi seule (*Syndicat des commerçants du marché aux puces de Bagnolet et autres*, 17 juillet 1925, *Leb.*, p. 695).

Il y aura détournement de pouvoir si le préfet, afin de favoriser certains, décide que le service de garde sera fait le jour de la fermeture par une officine appartenant en commun à certains pharmaciens et pas à tous (10 juillet 1925, déjà cité).

Réformation de l'arrêté. — Cet arrêté pris par le préfet peut être modifié ou abrogé par l'autorité dont il émane. Le Conseil d'Etat a même décidé que le préfet pouvait en suspendre l'application (*Syndicat des employés de commerce, de l'industrie et des professions libérales de la région lorientaise*, 30 juillet 1926, n° 88839). Il s'agissait en l'espèce d'une divergence de vues existant entre les patrons horlogers-bijoutiers de la ville de Lorient ; le préfet du Morbihan avait momentanément suspendu la mise en application de son arrêté du 11 août 1924 jusqu'à ce qu'un accord définitif ait été conclu entre les groupements patronaux et le syndicat requérant.

Les modifications aux arrêtés peuvent d'ailleurs intervenir, soit par des modifications interprétatives, soit par des modifications au fond.

L'obligation peut être implicite ou formelle. Il vaut mieux qu'elle soit formelle car autrement on peut se trouver en présence de deux arrêtés, ordonnant la fermeture deux jours différents, d'où difficulté pour le juge.

Sanctions. — Il peut y avoir lieu à sanctions civiles ou pénales. Les intéressés se trouvant lésés par la concurrence illégale d'un commerçant restant ouvert, peuvent intenter contre celui-ci une action civile et lui réclamer des dommages et intérêts.

Mais les sanctions pénales n'ont pas été prévues par la loi du 29 décembre 1923. D'autre part les art. 158

et 162 du Code du Travail ne visent que les infractions aux dispositions du Code ou aux règlements d'administration publique pris pour leur exécution. Il en résulte que les infractions aux arrêtés pris en vertu de l'art. 43 A. tombent exclusivement sous les sanctions des art. 471 § 15 et 474 du Code pénal. C'est ce qu'à décidé la Cour de cassation dans deux arrêts (17 juillet 1925, *Chambre Syndicale de l'ameublement* contre *Brossard*; 31 mars 1926, règlement de juges : *Richard*).

Il en résulte également que le juge de simple police doit se prononcer sur la légalité de l'arrêté, s'il en est requis, sans s'inquiéter s'il y a recours au Conseil d'Etat (Cour cass., 28 mars 1925, *Ollier*; Cass., 8 mai 1925, *Chambre Syndicale des Pharmaciens de la Seine*; Cass., 31 mars 1926, *Bonnaïfous*).

D'autre part, l'infraction à l'arrêté préfectoral ne fait pas obstacle à l'existence d'une autre infraction au repos hebdomadaire. Il en est ainsi lorsque le personnel occupé dans l'établissement, ouvert contrairement aux dispositions de l'arrêté ne bénéficie pas du repos auquel il a droit. Il y a alors deux infractions à constater, suivant toutes les deux une procédure différente. [Enfin, lorsque l'arrêté n'a pas un fondement légal, par exemple, si le préfet ne s'est pas conformé aux termes de l'accord, les intéressés ont à leur disposition deux moyens pour l'anéantir.

Tout d'abord ils peuvent former un recours pour excès de pouvoir en le déférant au Conseil d'Etat. Ou ils peuvent contrevenir aux prescriptions de l'arrêté, et par cela même permettre à l'autorité judiciaire de se prononcer sur sa légalité. Ce contrôle, surtout du Conseil d'Etat, est très intéressant pour éviter les excès de pouvoir des préfets.

CONCLUSION

Nous voici arrivé au terme de cette étude dans laquelle nous n'avons voulu étudier le repos hebdomadaire qu'à travers la jurisprudence à laquelle il a donné lieu.

Nous avons estimé en effet, nous appuyant sur deux critères différents, que les dérogations prévues par la loi du 13 juillet 1906 étaient un droit pour les commerçants, et non une faveur accordée par les préfets. Puis, l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat nous a montré que les syndicats ne pouvaient intenter un recours que par une action corporative, ou exceptionnellement par une action individuelle, s'ils se portaient mandataires d'un membre nommément désigné. Il a été établi ensuite que ce recours était un recours pour excès de pouvoir et qu'il était suspensif, c'est-à-dire que le commerçant ou l'industriel dont la demande a été rejetée peut valablement appliquer le régime qu'il avait demandé tant que le Conseil d'Etat n'a pas statué et rejeté sa demande. Cette solution étant la seule, croyons-nous, susceptible de donner une interprétation exacte de l'art. 9 de la loi de 1906. Enfin le contentieux de cette loi nous a montré que le Conseil d'Etat se reconnaissait le droit de rechercher la légalité des arrêtés au fond,

d'étudier leurs vices de formes, et surtout d'apprécier la légalité de ces arrêtés, par rapport aux conditions de fait auxquelles est subordonné le droit à dérogation. « L'appréciation du fond et du fait est légitime et nécessaire, lorsqu'elle est la condition de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, c'est-à-dire de sa conformité ou de sa non-conformité avec la règle de droit *lato sensu* »¹.

L'idée essentielle se détachant de cette première partie est que l'application du repos hebdomadaire ne doit pas fausser le jeu de la libre concurrence ; il faut que les intéressés soient placés sur un pied d'égalité, il ne faut pas que le jour de la fermeture, un détournement de clientèle soit possible de la part d'un établissement bénéficiant d'une dérogation abusive, ou d'un établissement laissé à tort en dehors du champ d'application de l'arrêté.

Puis nous avons vu qu'une évolution s'était produite dans les idées du législateur, et qu'une nouvelle loi avait été votée, fondée non plus sur des régimes d'exception et de dérogation, mais sur des ententes intersyndicales, prescrivant la fermeture obligatoire de tous les établissements.

Le très grand nombre d'arrêts déjà rendus au sujet de cette loi remontant à 12 ans à peine, s'explique, non seulement, par son laconisme peut-être exagéré mais aussi par la nouveauté du principe qu'elle introduit dans notre droit, et il faut prévoir des difficultés à ce sujet, si on entend rétablir dans une large mesure la

1. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 285.

discipline corporative après un siècle d'individualisme.

Cette loi a soulevé un contentieux très délicat relatif aux ententes entre patrons et ouvriers qui demandent au préfet d'entériner leur accord par un arrêté ; il faut qu'il s'agisse de patrons et ouvriers de la même profession et de la même région. Le Conseil d'Etat a employé successivement plusieurs critères pour déterminer ces deux termes, et ce que l'on peut déduire de cette jurisprudence c'est que le Conseil d'Etat s'attache surtout aux faits. On s'est heurté à une autre difficulté.

Il est nécessaire que les patrons et les ouvriers réunis, s'entendent, mais la décision sera-t-elle prise à la majorité du plus grand nombre des intéressés ou à la majorité des syndicats ? Nous avons vu que le Conseil d'Etat, à l'encontre de la Cour de cassation, estime que cette entente doit représenter le plus grand nombre des intéressés et nous nous sommes rangé à l'avis de notre plus haute juridiction administrative ; car la méthode de la consultation des intéressés est la seule qui puisse donner l'opinion raisonnable des membres de la profession, en empêchant des syndicats faméliques de rendre impossible l'accord désiré.

Cette solution permet une très grande souplesse d'interprétation, qui d'ailleurs se manifeste dans les arrêts rendus par le Conseil d'Etat.

Nous arrivons à la même idée que précédemment : c'est que le souci du Conseil d'Etat est d'interpréter la loi du 29 décembre 1923, de telle sorte que seront considérées comme illégales toutes clauses créant des inégalités entre les intéressés et faisant obstacle à la libre concurrence.

Nous avons ainsi terminé l'examen des difficultés qui ont surgi à la suite des lois sur le repos hebdomadaire.

Il serait bon de tenir compte de l'expérience pour mieux adapter la loi elle-même aux légitimes exigences du commerce et de l'industrie et aux conditions économiques et sociales du pays.

Vu :

Le Doyen :

E. ALLIX.

Vu :

Le Président de la thèse :

A. MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris :

S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.*

BERTHOMIEU. — *Le repos hebdomadaire dans le commerce.*

DELOMBRE. — *Etude historique et critique de la loi sur le repos hebdomadaire.*

ESTÈVE de BOCH. — *Du repos hebdomadaire.*

GUIRAUDET. — *Du repos hebdomadaire.*

HAURIOU. — *Précis de droit administratif et de droit public.*

JANVIER. — *Organisation professionnelle et repos hebdomadaire (loi du 29 décembre 1923).*

NIBOYET. — *Cours de législation industrielle.*

PELLENC. — *Du repos hebdomadaire. Du rôle des syndicats professionnels dans l'application de la loi.*

PIC (P.). — *Traité élémentaire de législation ouvrière.*

RAPPENEAU. — *La fermeture obligatoire au public des établissements assujettis au repos hebdomadaire.*

ROMIEU. — *Conclusions sous arrêts du 30 novembre 1906.*

II. ARTICLES DE REVUES, PÉRIODIQUES, DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

Bulletin du Ministère du Travail.

Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

Recueil de droit commercial et de droit social. Anciennement : Questions pratiques de législation ouvrière.

Recueil périodique et critique Dalloz.

Recueil Sirey.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue de Droit public.

Revue internationale de jurisprudence du travail.

TABLE DES MATIÈRES

<i>INTRODUCTION</i> : Origines. Nécessité. Lois de 1906 et 1923	1
---	---

PREMIÈRE PARTIE

LES DÉROGATIONS

<i>CHAPITRE PREMIER. — NATURE DU DROIT A DÉROGA- TION</i>	21
<i>Section I. — EST-CE UN DROIT OU UNE FAVEUR</i>	21
<i>Section II. — CONSÉQUENCES</i>	25
<i>CHAPITRE II. — QUI A QUALITÉ POUR AGIR ? RECE- VABILITÉ DES SYNDICATS</i>	29
<i>CHAPITRE III. — NATURE DU RECOURS DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT. EST-IL SUSPENSIF ?</i>	36
<i>CHAPITRE IV. — POUVOIRS DU CONSEIL D'ÉTAT. LE CONSEIL D'ÉTAT ET LES RECOURS CONTRE LES ARRÊTÉS PRÉ- FECTORAUX</i>	46
<i>Section I. — VICES DE FORME</i>	46
<i>Section II. — DE LA LÉGALITÉ DES ARRÊTÉS AU FOND</i>	52
a) <i>Caractère individuel de la dérogation</i>	52
b) <i>Appréciation de la légalité par rapport aux condi- tions de fait auxquelles est subordonné le droit à dérogation</i>	55
c) <i>Renvoi à l'administration pour faire ce que de droit</i> ..	60

DEUXIÈME PARTIE

L'ARRÊTÉ PRÉFECTORAL SUR ENTENTE

<i>CHAPITRE PREMIER. — L'ACCORD INTERSYNDICAL</i>	65
<i>Section I. — ENTRE QUI ?</i>	66
§ 1. <i>De la même profession</i>	70
§ 2. <i>De la même région</i>	76
<i>Section II. — COMMENT LES INTÉRESSÉS EXPRIMENT-ILS LEUR OPINION ? MAJORITÉ REQUISE</i>	80
<i>Section III. — DEMANDE DE FERMETURE</i>	92

<i>CHAPITRE II. — L'ARRÊTÉ PRÉFECTORAL</i>	95
<i>Section I. — RÔLE DU PRÉFET</i>	95
<i>Section II. — CONTENU DE L'ARRÊTÉ. SERVICE DE GARDE</i> ..	99
<i>Section III. — NATURE DU RECOURS, RÉFORMATION DE L'ARRÊTÉ. SANCTIONS</i>	109
<i>CONCLUSIONS</i>	113
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	117

